This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

STANFORD UNIVERSITY
LIBRARIES

Oesterreichische Vierteljahresschrift

für

Rechts- und Staatswissenschaft.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Haimerl,
k. k. Hofrath und o. ö. Professor der Rechte an der Universität in Wien.

Siebenzehnter Band.

Wien 1866.
Wilhelm Braumüller,
k. k. Hof- und Universitätsbuchhändler.

STANFORD UNIVERSITY
LIBRARIES
STK
JUL 14
K15
E7
v. 17-18

Inhalt des XVII. Bandes.

Seite

I. Vorſchläge zur Verhütung des falſchen Eides und des Eidbruches. Vom Herrn Dr. **Theodor Pachmann**, k. k. ord. öffentl. Profeſſor der Rechte an der Wiener Univerſität 1

II. Die Tiroler Landesordnung v. Jahre 1526, auch genannt die Bauernlandesordnung. Vom Herrn Dr. **J. Oberweis**, Profeſſor der Rechte an der Univerſität Innsbruck 22

III. Die Vorbereitung der Hauptverhandlung im franzöſiſchen Schwurgerichtsverfahren. Vom Herrn Dr. **Julius Glaſer**, ord. öff. Profeſſor der Rechte in Wien 74

IV. Ueber den Begriff der Lex dioecesana. Vom Herrn Dr. **Georg Phillips**, k. k. Hofrathe und ordentl. öffentl. Profeſſor der Rechte in Wien 112

V. Das Privilegium des Autors und Verlegers. Vom Herrn Landrichter **M. Keßler** in Vaduz 124

VI. Die Rache als Rechtsprincip. Vom Herrn Dr. **Carl Sigmund Barach** 130

VII. Das allgemeine Berggeſetz für die Preußiſchen Staaten v. 24. Juni 1865. Mit vergleichenden Beziehungen auf das öſterr. allg. Berggeſetz vom 23. Mai 1854, beſprochen vom Herrn Dr. **O. Freiherrn von Hingenau**, k. k. Oberbergrathe und Profeſſor des Bergrechts an der Univerſität in Wien 135

VIII. Ipse dolus und quasi-dolus. Vom Herrn Dr. **L. Arndts**, k. k. Regierungsrathe und ord. öffentl. Profeſſor der Rechte in Wien . . 179

IX. Bemerkungen über das Verbrechen der widernatürlichen Unzucht. Vom Herrn Dr. **Eduard Senft**, k. k. Staatsanwaltsſubſtituten in Troppau 195

X. Verſuch, die Schwierigkeiten der L. 7. §. 1. D. soluto matr. 24. 3. durch Conjecturalkritik zu heben. Vom Herrn Dr. **Friedrich Brinckmann** 234

Seite

XI. Ein Blick auf die rechtswissenschaftliche Literatur und den Zustand des Rechtsunterrichtes in Ungarn. Vom Herrn Dr. **Anton Kentmeister**, Professor der Rechte an der königl. Rechtsacademie in Großwardein; I. Artikel 258

XII. Civilistische Versuche. Vom Herrn Dr. **Ferdinand Zródłowsky** in Lemberg 272

Literaturblatt: Literarische Anzeigen über rechts- und staatswissenschaftliche Schriften . . . . . 1—80

I.

Vorschläge zur Verhütung des falschen Eides und des Eidbruches.

Von Dr. Theodor Pachmann, k. k. ord. öffentl. Professor der Rechte an der Wiener Universität.

Ueber Wesen und Bedeutung des Eides, seine Voraussetzungen, Arten und Formen von den ältesten Zeiten geschichtlicher Erinnerung bis auf die sehr variable Jetztzeit herab ist gar Vieles in allerlei literarischen Excursionen zu Tage gekommen, wohl auch, wie dieß in anderen Richtungen ebenfalls zu geschehen pflegt, abermal und oft Gesagtes, bewußt und unbewußt, wiedergesagt worden. Vielleicht werden auch die nachfolgenden Zeilen bei Manchem, der sie seiner Lectüre würdigt, Reminiscenzen erwecken; dagegen wollen wir uns in dem Bewußtsein, Selbstgedachtes zu geben, zwar nicht mit der Berufung auf ein Justinianisches Decret decken a), wohl aber können wir es getrost unseren Lesern überlassen, zu urtheilen, ob wir blos ab- oder nachgeschrieben haben.

1. Wie neben dem Weizen das Unkraut, so finden sich von jeher neben dem Eide die beschworene Lüge, und der Bruch des vereideten Wortes — Eines so schlecht wie das Andere, darum auch meist mit derselben Bezeichnung als Meineid, perjurium gebrandmarkt. Wie weit dieß sprachlich genau, wollen wir hier nicht näher untersuchen b),

a) Constit. „Deo auctore“ in fine.

b) Perjurium bezeichnete den Römern den falschen Eid (L. 21. 22. Dig. de dolo malo, L. ult. Dig. de in lit. jur.) wie den Bruch des eidlichen Versprechens

denn nicht um philologische Forschungen und sprachliche Grübeleien, sondern um praktische Fragen ist es uns zu thun. Da aber sind leider die Erfahrungen, die man jahraus jahrein nur schon aus Zeitungsreferaten zu machen Gelegenheit hat, sehr betrübend. Und wie viele falsche und gebrochene Eide mögen, ohne daß die öffentlichen Blätter Notiz davon nehmen, in den Gerichten verhandelt werden, und wie viele gar nicht zur gerichtlichen Verhandlung kommen! Wären dieß etwa auch Beweise von den oft proclamirten Fortschritten der Menschheit, wie in der Wissenschaft, so in der Tugend und Glückseligkeit? Doch wir wollen hier auch nicht untersuchen, ob die Fortschritte in diesen drei Richtungen nicht etwa gar beneficia incompatibilia seien; wir wollen vielmehr nachsinnen, wie insbesondere jenem socialen Uebelstande, der im Mißbrauche des Eides zur Zerstörung des dem Verkehre nothwendigen Vertrauens sich kundgibt, erfolgreich zu begegnen wäre.

2. Der Schwerpunkt des Eides liegt in der Vorstellung, wie dessen, der ihn begehrt, so dessen, der ihn ablegt, Gott lasse seinen Namen zu Lug und Trug nicht mißbrauchen, er wisse jedenfalls von dergleichen Mißbräuchen und sei mächtig genug, diesen Frevel züchtigen zu können. Wer davon überzeugt ist, der wird es sich nie beifallen lassen, eine Unwahrheit unter Berufung auf Gott für Wahrheit auszugeben, oder dasjenige, was er unter dieser Berufung versprochen hat, nicht halten zu wollen. Welcher Vortheil an Ehre, Macht oder Vermögen wäre hoch genug, um die furchtbare Strafe göttlichen Gerichtes

---

(L. 2. Cod. de indicta viduit. L. 17. Cod. de dignit. Nov. XCIV. c. 2.). Das deutsche „Meineid" in seiner etymologischen Ableitung von dem mittelhochdeutschen Worte meyn heißt eigentlich so viel als der falsche Eid — was zwar auch der promissorische Eid, aber nur in so ferne sein kann, als er schon gleich mit dem Vorsatze, nicht Wort zu halten, abgelegt wird. Spricht man aber von meineidig werden oder meineidig geworden sein, so versteht man offenbar nur so viel darunter, daß Jemand seine eidlich gemachte Zusage dolose nicht hält oder nicht gehalten hat. Wenn endlich die Josephinische Gerichtsordnung v. 1. Mai 1781, §. 161 verfügt, jeder Zeuge, der nicht durch ein ausdrückliches landesfürstliches Privilegium von Beschwörung der Zeugenschaft befreit ist, solle vor dem Verhöre, nach vorläufiger Meineidserinnerung, einen Eid ablegen, daß er über jenes, worüber er befragt werden wird, ohne Gemüthshinterhalt oder zweideutigen Verstand, niemanden zu Liebe oder zu Leide die reine Wahrheit aussagen, nichts verschweigen, und seine Aussagen niemanden entdecken wolle, bevor sie nicht vom Gerichte selbst werden kundgemacht sein — so soll die Erinnerung, die dem Zeugen zu machen ist, gewiß nicht blos den dolus von vornherein verhindern, sondern auch das spätere Abgehen von seinem ganz ehrlich gemachten eidlichen Versprechen, die Wahrheit zu sagen, nnd seine Aussagen bis zur gerichtlichen Eröffnung geheim zu halten.

zu überbieten, und welche Versuchung zum Meineide wäre, jene Ueberzeugung vorausgesetzt, so stark, daß sie nicht sogleich, wie sie herangetreten ist, von dem Gedanken niedergeschlagen würde: Was nützete es dem Menschen, daß er die ganze Welt gewänne, und an seiner Seele Schaden nähme! — Der Jude weiß das Gebot Jehova's: „Du sollst den Namen des Herrn, deines Gottes, nicht mißbrauchen, denn der Herr wird den nicht ungestraft lassen, der seinen Namen mißbraucht" c). Der Christ vernimmt, wie der Stifter der Kirche in jener berühmten Bergpredigt erklärte: „Ihr habt weiter gehört, daß zu den Alten gesagt ist, Du sollst keinen falschen Eid thun, und sollst Gott Deinen Eid halten. Ich aber sage Euch, daß Ihr nimmermehr schwören sollt, weder beim Himmel, denn er ist Gottes Stuhl, noch bei der Erde, denn sie ist seiner Füße Schemel, noch bei Jerusalem, denn sie ist eines großen Königs Stadt. Auch sollst Du nicht bei Deinem Haupte schwören, denn Du vermagst nicht ein einziges Haar weiß oder schwarz zu machen. Euere Rede sei: Ja, ja, Nein, nein — was darüber, ist vom Uebel." d) Woher nun doch die vielen Perjurien? Diese Frage hat um so mehr Berechtigung, je länger und weiter die neueren Staatsgesetzgebungen von dem altrömischen Principe, den Eidesfrevler des Himmels Rache allein zu überlassen e), in Vervollständi-

c) II. Mos. XX, 7; III. Mos. XIX, 12; V. Mos. V, 11.

d) Matth. V. 33—37.

e) L. 2. Cod. de reb. cred. & jurejur. (Alexand. VI. Cal. Apr. 224): „Jurisjurandi contempta religio satis Deum ultorem habet. Periculum autem corporis vel majestatis crimen secundum constituta Divorum Parentum meorum etsi per Principis venerationem (ist wohl ein emblema Triboniani für: genium oder salutem) quodam calore fuerit pejeratum, inferri non placet." Ob damit Kaiser Alexander dasselbe sagen wollte, was früher schon Tiberius, als er, trotz des aufgefrischten Augusteischen Majestätsgesetzes, noch menschlich dachte, verfügt hatte, ist doch nicht so klar, als meist angenommen wird. Tiberius rescribirte nämlich, als er erfahren hatte, Rubrius sei angeklagt, er habe durch ein perjurium den Namen des Kaisers („Augusti") verunglimpft, an die Consuln: Jusjurandum perinde aestimandum, ac si Jovem fefellisset, Deorum injuriam Diis curae" (Tacit. Annal. I. 73). Welcher Hochmuth liegt in dieser Erklärung, gleichviel, ob man unter dem Augustus den Kaiser Tiberius selbst (wie nicht sehr wahrscheinlich), oder seinen verstorbenen Stiefvater verstehen soll. — Imperatoren, die auf der Höhe ihrer Stellung weniger von dem Gedanken, mehr als Mensch zu sein, geirrt waren, mußten begreifen, daß die Betheuerung bei des Kaisers Genius, so üblich sie auch geworden war, kein Eid sein kann, wiewohl selbe, die Bedingungen des Perjuriums vorausgesetzt, sich gar wohl als Majestätsverletzung auffassen lasse. Also wollten Septim. Severus und Caracalla, daß solche Frevler gestäupt werden (L. 13. §. ult. Dig. de jurejur.); Alexander aber erläutert dieß a. a. O. dahin, aus solchem Vergehen dürfe im Sinne der besagten Constitution auf keinen Fall ein crimen laesae majestatis gemacht, und nie eine Strafe bis zur leiblichen Gefährdung verhängt werden.

gung dessen, was bereits die späteren römischen Kaiser f) zur Sicherstellung der durch das Perjurium bedrohten religiösen Grundlage des Staates angeordnet hatten g), abgegangen sind, und durch christliche Ideen geleitet, wenigstens den falschen Eid, der vor Gericht abgelegt, oder auch nur angetragen worden ist, als ein staatliches Delict bedrohen. Sohin stellt nach jüdischen und christlichen Religionsbegriffen falscher Eid wie Eidbruch sich stets als schwere Sünde, nach staatlichen Gesetzen wenigstens der falsche Eid in seiner social-feindlichsten Stellung als Verbrechen dar, das, zumal in Oesterreich, mit schwerer Ker-

---

f) Von jeher hielten die Römer den Eid in hohen Ehren. Aulus Gellius, Noct. Attic. VII, 18: „Jusjurandum apud Romanos inviolate sancteque habitum servatumque est. Id et moribus legibusque multis ostenditur.“ In der That war die öffentliche Verachtung und das allgemeine Mißtrauen gegen den perjurus so drückend, daß es, wie Gellius des Weiteren ausführt, mitunter zu Lebensüberdruß und Selbstmord kam. Was aber wäre unter jenen „legibus multis“, zumal bei der römisch-specifischen Bedeutung von Lex (§. 4 Inst. de jure natur) zu verstehen, da noch Cicero (de legib. II, 9) Perjurii poena divina exitium, humana dedecus erklärt? Das erste sichere Strafgesetz, freilich noch sehr engen Umfanges, ist wohl doch von den Gebrüdern Arcadius und Honorius (L. 41. Cod. de transact.); ein zweites kömmt unter Honorius & Theodos. II. (L. 17. Cod. de dignitat.); ein drittes, sehr strenges, aber auch wieder nur specielles Gesetz ist von Justinian I. (Nov. CXVII, 11), obwohl dieser Kaiser selbst von „leges, quae perjuria puniunt“ spricht (L. 2 Cod. de indicta viduit). Kaiser Leo VI. soll bestimmt haben, dem perjurus sei die Zunge abzuschneiden (s. Harmenop: Proch. I, 7. §. 21. — Cujac.: Observat. VII, 13. — Vergl. damit die Carol. Halsgerichtsordg. art. 107).

g) Das Perjurium wirkt zerstörend auf die Gottesfurcht, und in dieser verderblichen Wirksamkeit liegt das für die Staatsgesetzgebung strafbare Moment. Allen modernen Prahlereien speculativen Aberwitzes stellen wir Cicero's bekannte Anschauung von der Bedeutung der Gottesfurcht entgegen: „Pietas est justitia adversos deos, quam religionem dicimus, qua sublata non possit constare fides humanique generis societas.“ In so ferne nun die Staatsgesetzgebung durch die Bedrohung des Perjuriums die religiöse Grundlage der staatlichen Ordnung zu erhalten sucht, mag man in dem Perjurium immerhin ein Verbrechen gegen die Religion sehen. Nicht um dieser selbst willen, wie seitens der Kirche, wird der perjurus bestraft, sondern weil er durch die geistige Wirksamkeit seiner Schlechtigkeit die Staatsverbindung selbst gefährdet. Von dieser Ansicht können uns auch die im Weiske'schen Rechtslexikon (Art. „Meineid“) für die Behauptung, der Meineid sei kein Religionsverbrechen, aufgebrachten Gründe nicht abwendig machen; sie legen höchstens Inconsequenzen in legislativer Richtung blos, die auch wir nicht vertheidigen wollen. Solche Inconsequenzen aber lassen sich auch als Argumente wider die gegnerischerseits vertheidigte Ansicht, es sei der Meineid „als Verbrechen gegen die öffentliche Treue und Glauben“ zu bestrafen, gar gut gebrauchen. Man müßte ja doch als Vergehen gegen die öffentliche Treue und Glauben auch Jeden strafen, der im Verlaufe eines Processes unrichtige Angaben gemacht, oder im Strafprocesse sich für nicht schuldig erklärt hat und des Gegentheils überwiesen worden ist. Welche Gesetzgebung thut dieß, welche hat than?

kerstrafe, und zwar nach obwaltenden Umständen, in der Dauer von sechs Monaten bis auf lebenslang bedroht ist h). Wie lassen sich nun doch die ärgernißvollen Erscheinungen des Perjuriums fast in allen Schichten der Gesellschaft erklären? Die Antwort kann nur auf Mangel an festem religiösen Glauben, auf Mangel an sicherer Kenntniß der staatlichen Strafgesetze und auf Ueberfluß an Zuversicht auf strafloses Durchkommen lauten. Es begreift sich leicht, wie Jemand aus Uebereilung, von überwallenden Gefühlen oder überwältigender Leidenschaft fortgerissen, seiner Ueberzeugung augenblicklich zuwider handeln mag; daß man aber in einer Angelegenheit von so hohem kirchlich-staatlichen Interesse, wie jedenfalls der Eid ist, seiner Ueberzeugung mit Bedacht, wie denn doch bei einem gerichtlichen Eide vorausgesetzt werden muß, untreu werde, ist eine psychologische Unmöglichkeit.

3. Wir sind mit dieser Reflexion auch schon bei dem ersten Mittel gegen das Pejurium angelangt; es liegt in der Kräftigung des religiösen und des rechtlichen Bewußtseins. Zu jenem führt, wenn gleich (zumal nach katholischer Auffassung) nicht einzig und allein, ein gehöriger Religionsunterricht; zu diesem zweckmäßige Kundmachung der staatlichen Gesetze, populärer Unterricht in denselben und gewissenhafte, gleichmäßige, öffentliche Durchführung des wirklich bestehenden Strafrechtes, die der eben so gefährlichen wie verführerischen Hoffnung auf strafloses Durchkommen am besten entgegenwirkt. — Vergleichen wir nun mit diesen sich fast von selbst aufdringenden Anforderungen das, was uns eine lange Erfahrung bietet, so zeigt sich gar Manches, woraus man jene eidlichen Mißbräuche, die wir so gerne fortbringen möchten, ohne Mühe erklären kann. Ein sehr wohlmeinender Ministerial-Erlaß machte vor Kurzem erst die bischöflichen Ordinariate auf die geringen Erfolge des Religionsunterrichtes an Gymnasien aufmerksam, da derselbe zu doctrinär sei und zu wenig auf das Herz und Gemüth der Schüler einwirke — eine alte, leider sehr berechtigte Klage, bei der man sich vielleicht nur wundern möchte, daß sie noch immer querela geblieben und nicht accusatio geworden ist. Statt die Rüge reuig hinzunehmen oder sich dagegen mit dem Bewußtsein erfüllter Pflicht zu decken und es auf weitere specielle Nachfrage ankommen zu lassen, nimmt ein Religionslehrer oder sein Freund Veranlassung zu journalistischen Insinuationen, die auch wieder viel Wahres enthalten, aber nichts weniger als irgendwo mit „mea culpa“ aufgenommen, sondern als maßlose Invective gegen

h) Strafgesetz vom Jahre 1852, §§. 199, 202—204

einen weltlichen Lehrstand der Strafbehörde denuncirt werden i). Im Interesse der Sache, die wir im Auge haben, können wir nur wünschen, daß die Angelegenheit einmal zur öffentlichen Verhandlung komme; so werden besser als durch die mitunter sehr remissive geistliche oder weltliche Controle die Mängel blosgelegt werden, an denen der Gymnasial-Unterricht in großer Regel leidet. Im Concordate heißt es, die Bischöfe werden kraft des ihnen eigenen Hirtenamtes die religiöse Erziehung der Jugend in allen öffentlichen und nicht öffentlichen Lehranstalten leiten und sorgsam darüber wachen, daß bei keinem Lehrgegenstande Etwas vorkomme, was dem katholischen Glauben und der sittlichen Reinheit zuwiderläuft. Insbesondere soll an den Gymnasien „der Unterricht nach Maßgabe des Gegenstandes dazu geeignet sein, das Gesetz des christlichen Lebens dem Herzen einzuprägen" k). Wie kam das Staatsministerium so bald schon, da seit dem Abschlusse des Concordates noch kein Jahrzehent herum war, dazu, diesen Artikel den Ordinariaten in Erinnerung zu bringen? Vielleicht aber wäre das hohe Ministerium in dem Falle, wie an dem Gymnasial-Religionsunterrichte, so auch an der Elementar-Religionslehre Einiges hervorzuheben, dessen Abstellung in das bischöfliche Ressort fällt. Wenn dieß, um des bischöflichen Ermessens und seiner concordatlich garantirten Autorität willen, bisher noch nicht geschehen ist, so dürfte es doch wahrscheinlich bald geschehen. Wer aber einfach genug wäre, an der Nothwendigkeit von Reformen im Elementar-Religionsunterrichte zu zweifeln, der könnte seiner Bedenken leicht frei werden, er dürfte nur die großstädtischen Lehrjungen, wie sie eben in der Mehrzahl sind, wir wollen nicht sagen genauer, sondern nur obenhin beobachten. Auf jene meist vaterlosen Kinder, die in früh versuchten Exercitien gegen Gesetz und Moral den Functionen der Staatsanwaltschaft entgegenreifen, wollen wir gar nicht verweisen; sie kennen keinen religiösen Begriff, und wenn ihnen der Zufall ein darüber belehrendes Wort entgegenführt, sind sie nicht etwa blos wie das steinige oder dornichte Erdreich im Evangelium, sondern wie die hartgetretene Tenne, die für ein Fruchtkorn gar nicht empfänglich ist. Abgesehen von einem solchen Nachwuchs, den es leider in allen größeren Städten gibt (gewiß aber nicht in solchem Uebermaße, wie jetzt, geben würde, wenn man mit vereinten Kräften der kirchlichen und staatlichen

---

i) Siehe „Neue, freie Presse" 1865, Nr. 304 im Abendblatte, Nr. 325 im Morgenblatte.

k) Concord. v. J. 1855, Art. V und VIII.

Gesetzgebung, der kirchlichen und staatlichen Executive Abhilfe treffen wollte), welche Würdigung des Eides läßt sich auch nur von Leuten erwarten, die ihre religiöse Ansicht von der Heiligkeit desselben aus einer Schulkatechese haben, bei der auf sie um so weniger Fragen trafen, je größer die Anzahl der Schüler war. Was die Anderen gefragt werden und antworten, kümmert ja doch, wie Jeder weiß, den Einzelnen insgemein wenig, es wäre denn, der Katechet hätte die eben nicht sehr gemeine Fähigkeit, den ihm zugewiesenen Jugendkreis in solidarischer Aufmerksamkeit zu erhalten; wo dieß nun aber, wie gewiß oft, der Fall nicht ist, wie soll da ein fester Begriff, der für das Leben auslangt, sich bilden? Und ist der religiöse Bau, der in der Schule gelegt wird, kein fester, in Verständniß und Gemüth zugleich begründeter, dann nehmen ihn die Fluthen, die Stürme des Lebens außerhalb der Schule leicht fort und weisen die Criminalacten auch jugendliche Mörder, Räuber, Brandstifter, Hochverräther auf, die in die Dorf- oder Stadtschule gegangen sind und Religionsunterricht genossen haben. Werden solche Menschen sich scheuen, einen falschen Partei- oder Zeugeneid zu schwören, wenn sie damit ihr pecuniäres oder persönliches Interesse fördern? — Wir wollen die weitere Betrachtung unseres Gegenstandes in dieser Richtung denen überlassen, die zur Legislative dießfalls berufen sind, und wenden uns einer andern Seite zu.

4. Das jetzt bestehende Strafgesetz wieder erklärt, wie wir bereits angedeutet haben, den in beschädigender Absicht aus was immer für Motiv gerichtlich angebotenen oder gar abgelegten Eid jeder Kategorie, ohne Rücksicht auf den Betrag des Schadens, schon aus der Beschaffenheit der That als ein Verbrechen des Betruges, das es jedenfalls mit schwerem Kerker, je nach den im Gesetzbuche näher bezeichneten Umständen, in der Dauer von 6 Monaten bis zu 20 Jahren, ja „nach Umständen" auch mit lebenslänglichem schweren Kerker bedroht .. Weiß das auch Jedermann? „Mit der Unwissenheit des gegenwärtigen Gesetzes über Verbrechen kann sich Niemand entschuldigen." [1] Nun, das klingt allerdings sehr präcis, juristisch consequent und wie ein Axiom — für den Strafrichter. Denn wir möchten sofort wissen, wie viele Bewohner Wiens, die Männer vom Fache (nicht eben nur die Strafrichter und Staatsanwaltschaftsbeamten) abgerechnet, bei einer Umfrage das Gesetz mit seiner Sanction so gut kennen, um sich durch dasselbe allein schon bestimmen zu lassen? Man wird dagegen sagen, das ent-

[1] Strafges. v. J. 1852, §. 3.

schuldige nicht, da diejenigen, die es nicht wissen, es doch wissen könnten, wenn sie nur wollten. Gewiß! und darum meinen auch wir, es finde ohneweiters das Strafgesetz auf sie Anwendung; wir meinen aber auch, daß ihre Beobachtung des Verbotes, einen falschen Eid vor Gericht anzubieten oder gar abzulegen, ohne Zweifel viel gesicherter sein würde, wenn sie in dem Falle wären, dasselbe mit seiner Straffanction gar nicht oder nur mit Absicht zu ignoriren. Wie das zu machen wäre? Am einfachsten, wohlfeilsten und doch ausgiebigsten, wenn die Unterweisung in diesem Gesetze auf eine vernünftige Weise mit dem durch einen unnachsichtlichen Schulzwang garantirten Elementarunterrichte verbunden würde. Wir sind hier nun freilich auf einem Punkte angelangt, auf dem sich unser Gesichtskreis sehr erweitert. Die älteren Römer ließen ihre leges XII tabularum von der Schuljugend auswendig lernen [m], wohl doch nicht blos darum, weil sie dieselben vor einer Gefahr, wie solche der gallische Vandalismus unter Brennus über selbe gebracht hatte, wahren wollten, sondern auch — um sich ihrer Befolgung zu versichern. Ließe sich aus diesem altehrwürdigen Vorgange eines in seiner Politik und Legislation so merkwürdigen Volkes, wie die Römer waren, nicht wenigstens etwas zwecks der besseren Befolgung der in unseren Strafgesetzen liegenden Verbote lernen? Zwar sind die österreichischen Strafgesetze, wenigstens die im allgemeinen Strafgesetzbuche enthaltenen, meist derart, daß sich das in ihnen Verbotene dem Rechtsgefühle, dem Hausverstande von selbst darstellt; aber doch nicht immer [n])

---

[m]) Cicero, de legib. II, 4 & 21.

[n]) Wir wollen keinen vollständigen Tarif derjenigen Gesetzübertretungen, bei denen das darin liegende Unrecht doch nicht so gar sonnenklar ist, daß es auch ohne gesetzliche Nachhilfe Jedermann einleuchten muß, der überhaupt nur doch begriffsfähig ist, zusammenstellen; Einiges nur sei notirt. Nach §. 122 c, des Strafgesetzes vom Jahre 1852 „begeht das Verbrechen der Religionsstörung, wer einen Christen zum Abfalle vom Christenthume zu verleiten sucht". Könnte man es einem Juden, der etwas von dem Rechtsstaate weiß und darin ganz folgerichtig confessionelle Gleichberechtigung in staatlicher Hinsicht begehrt, so sehr verübeln, wenn er, von seiner Glaubensansicht durchdrungen, ein echtes Kind Abrahams, der Meinung wäre, es sollte doch dem Juden eben so freistehen, aus dem Christenthume Proselyten zu machen, wie es den Christen freisteht, Juden zu christianisiren. (Wenn wir Juden und Christen im Bekehrungsgeschäfte nach rechtsstaatlichen Begriffen parallelisiren, so versteht sich von selbst, daß wir jedenfalls nur den Weg der Ueberzeugung im Auge haben, wie bei Christen, so bei Juden.) — Daß in der Herausforderung, oder auch in der Stellung zum Zweikampfe, oder endlich in der Function eines sogen. Secundanten (vergl. Strafges. §§. 158, 164) etwas liege, dessen Schlechtigkeit gar nicht zu verkennen sei, leugnen noch jetzt die Meisten aus jenen zwei Ständen, die vorzugsweise (damit wir nicht sagen, excluſiv) Standesehre zu haben meinen. Ist denn aber auch nicht die ganze

— und dann sind wenigstens alle Strafen rein positiv. Warum wird der richtigen Erkenntniß unserer Strafgesetze nicht dadurch nachgeholfen, daß man einen entsprechenden Unterricht darüber mit dem Elementar-Unterrichte verbindet? Wir bitten, ehe man unsere Frage bewitzelt, verhöhnt oder mit banalen Phrasen und hochgelehrten Dictaten abfertiget, die Sache zu überlegen. Es handelt sich uns nicht um wissenschaftliche, durch Paragraphen-Berufungen in griechischen, lateinischen, französischen oder englischen Citaten sichergestellte Doctrin, sondern um einfache, genaue und faßliche Verständigung über bestehende Strafnormen. Daß man aber auch da noch nicht Allen Alles zu sagen braucht, setzen wir als selbstverständlich voraus. Man wird nicht unmündigen Kindern von Abtreibung der Leibesfrucht, Nothzucht u. dergl. vordemonstriren wollen; es wird aber nicht ohne guten Erfolg sein, der erwachsenen Jugend, die ohnehin schon aus anderweitigen Mittheilungen zu dem Baume der Erkenntniß gekommen ist, von jenen Verbrechen und Uebertretungen, die auf das geschlechtliche Leben Bezug nehmen, versteht sich, mit der nöthigen Mäßigung und der von den Verhältnissen bedingten Zurückhaltung zu sprechen. Der größte Theil des hier beantragten Unterrichtes ließe sich in Lesestücken, wie dergleichen in allen Elementarschulen bestehen, anbringen, das Uebrige wäre gelegentlich anzuknüpfen. Je leichter und sicherer auf diesem Wege die Jugend zu ihrem eigenen und der Societät, in die sie eintritt, Frommen ein sehr praktisches Wissen erlangen würde; desto auffallender ist es, daß man einen solchen Un-

---

Erziehung und sociale Haltung dieser Stände danach, daß sie in dieser Richtung vom Vorurtheile geblendet sind? — Daß derjenige eines Verbrechens schuldig werde, der einem wegen eines Verbrechens Verhafteten die Gelegenheit zum Entweichen auch nur durch List verschafft (Strafges. §. 217), werden die Meisten in dem Falle, daß der Gelegenheitgeber den Verhafteten für schuldlos hält, sicher nicht von selbst begreifen. — Man frage den gemeinen Mann, der das österreichische Strafgesetz nicht kennen gelernt hat, ob er darin, daß sich Jemand damit abgibt, sein Geld wieder und wieder auf Faustpfänder auszuleihen, dafür nur die landesüblichen Zinsen nimmt, aber als ein ordentlicher Mann Pfandbücher führt und Versatzscheine ausfertiget (vergl. Strafges. §. 485), natürliche Schlechtigkeiten sehe, und er lacht dem Fragenden in's Gesicht. — Eine unverehelichte Frauensperson, die von der Niederkunft übereilt worden ist, aber eine Fehlgeburt gemacht hat, ist verbunden, einer zur Geburtshilfe berechtigten, oder wo eine solche nicht zur Hand ist, einer obrigkeitlichen Person von ihrer Niederkunft die Anzeige zu machen und derselben die unzeitige Geburt oder das todte Kind vorzuzeigen, sonst wird sie der Uebertretung der Geburts-Verheimlichung schuldig und nach ihrer Herstellung mit strengem Arreste von 3—6 Monaten bestraft (Strafges. §§. 339, 340). Wir achten dieses Gesetz, weil wir seine Nothwendigkeit begreifen, aber daß es eine allen Mädchenherzen innata lex sei, ist doch gewiß nicht wahr.

terricht noch nirgends versucht hat. Es hat derselbe freilich andere Voraussetzungen, als der eben in Uebung stehende, er würde vorweg wissenschaftlichere, nur der Pädagogik angehörige Lehrer nöthig machen, diese aber dürften mit einer so ärmlichen Stellung, wie unsere Schullehrer in fast ausnahmsloser Regel haben, schwerlich abzufinden sein; die Resultate dagegen wären gewiß auch andere, als die bisher erzielten.

5. Nach diesem vorerst nur noch idealen Herzenserguß kehren wir zu unserem Objecte wieder zurück. Die falschen Eide und die Eidbrüche würden sich verringern, wenn sodann die Bedingungen, unter denen zum Eide zugelassen wird, strenger wären. Wir wollen damit nicht sagen, daß, wenn es überhaupt weniger Eide geben wird, nothwendig auch weniger falsche Eide geschworen — weniger Eide gebrochen werden; wir meinen vielmehr, daß, je seltener Eide verstattet werden, desto höher ihre Bedeutung sich steigern werde. Es liegt dieß in der Natur des Menschen — was ihm häufig vorkömmt, verliert an seiner Achtung, wird mit weniger Aufmerksamkeit, mit geringerer Anerkennung behandelt. Sehen wir nun aber von unserer Theorie auf das, was die Praxis bietet, so zeigt sich uns eine so große Menge assertorischer und promissorischer Eide, die alljährlich in den unbedeutendsten Angelegenheiten und Verhältnissen verlangt und geschworen werden, daß uns die Leichtigkeit, mit der man falsche Eide ablegt und eidliche Versprechen nicht hält, sehr erklärlich wird. Wenden wir uns vorweg zu den Proceß-Eiden, so wollen wir es dankbar anerkennen, daß die vaterländische Gesetzgebung durch die verstattete Gewissensvertretung o) und das Verbot einer cumulativ-bedingten Eidesauftragung p) eine sehr lobenswerthe Beschrän-

---

o) Allgemeine Gerichts-Ordnung vom Jahre 1781, §. 204. „Wenn Jener, dem der Haupteid ist aufgetragen worden, sich erboten hat, sein Gewissen mit einem Gegenbeweise zu vertreten, ist er hiezu durch Urtheil zuzulassen; falls jedoch dieser Beweis nicht rechtsbeständig ausfiele, so könnte er den aufgetragenen Eid nicht mehr annehmen." Aber auch nicht an den Gegner zurückschieben (arg. §. 205 daselbst).

p) Hofdecret vom 30. Oct. 1788 (Just.-Ges.-Samml. Nr. 909): „Die Partei ist nicht befugt, unter dem Bedingnisse, wenn sie mit ihren übrigen Beweisen nicht aufkommen sollte, den Haupteid aufzutragen, und der Richter kann über einen solchen bedingnißweise aufgetragenen Haupteid das Urtheil nicht schöpfen." — Dagegen erklärt freilich eine allerhöchste Entscheidung v. 19. Juni 1847 (J. G. S. Nr. 1068): „Zur Behebung eines Zweifels wird erklärt, es sei durch die im lombardisch-venetianischen Königreiche bestehende Gerichts-Ordnung keineswegs verboten, den Haupteid cummulativ oder subsidiarisch mit anderen Beweismitteln aufzutragen; diese Beweismittel müssen vorläufig, wenn sie die Sache entscheiden, durch Beiurtheil zugelassen werden, und es ist dann der Richter bei Schöpfung des Urtheils entscheiden, ob mit Rück-

kung in den Gebrauch des Haupteides gebracht hat. Dagegen können wir uns der Besorgniß nicht erwehren, es möchte in der kaiserlichen Anordnung, man habe im Processe die gegnerischerseits vorgebrachten Thatumstände nur seines Wissens und Erinnerns eidlich zu widersprechen q), Eigennutz oder Leichtsinn Anlaß nehmen, falsch zu schwören. Wer wollte es sich herausnehmen, eines Andern Wissen und Erinnern zu controliren, oder wie sonderbar müßten die Umstände sich zusammenfinden, um Jemandem, zumal wenn er etwa durch gerichtliche Verhandlungen geschult ist, mit Grund den Vorwurf zu machen, er habe etwas wider sein Wissen und Erinnern behauptet, sei also unter dem Deckmantel des Eides zum Lügner geworden! Vor einer erfolgreichen strafgerichtlichen Untersuchung, in großer Regel wenigstens, so weit sicher, daß er nicht schuldig erklärt werden kann, wird er der Versuchung widerstehen, eidlich zu verneinen, was, nicht verneint, zu seiner Verurtheilung, also zur Verminderung seines Vermögens, vielleicht auch seiner bürgerlichen Achtung führen würde? Wir achten das Gesetz, weil es besteht, achten die Quelle humaner Gesinnung, aus der es offenbar hervorgegangen, würden aber, wäre es erst Antrag, um so weniger darauf einrathen, als ein mit dieser Reserve abgelegter Eid den Richter an und für sich wenig befriedigen kann. Oder liegt etwa in dem bedingten Widerspruche wirklich schon die Negation des unbedingten Assertes? r) Doch wir müssen abbrechen, um nicht auf einem Gebiete, das unserem Gehege nicht angehört, zu weit von unserer

---

sicht auf die abgeführten Beweise annoch die Zulassung des Haupteides cumulativ oder subsidiarisch zulässig sei" — womit denn auch der §. 263 der ungarischen wie der siebenbürg. Ger.-Ordg. (1852) zusammenstimmen.

q) Allg. Gerichts-Ordnung §. 206: „Jener, welcher den Haupteid angenommen hat, ist nur schuldig, die von Gegenseits beigebrachten Umstände seines Wissens und Erinnerns eidlich zu widersprechen; wenn er aber die von ihm selbst angegebenen Umstände zu beschwören hätte, müßte er den Eid ohne allen Beisatz ablegen."

r) Wenn A behauptet, dem B 1000 fl. am 1. Jänner l. J. dargeliehen zu haben, dieser jedoch einfach widerspricht, so hat der Richter keinen Grund, die Angabe des A für wahr zu halten; erklärt aber der B nur, so viel er sich erinnere, habe er am 1. Jänner l. J. von A kein Darlehen von 1000 fl. erhalten, so läßt er ja doch dem Richter den Gedanken frei, es wäre möglich, daß B das besagte Darlehen von A erhalten hat, sich aber nicht erinnert, es erhalten zu haben. — War es diese sehr nahe liegende Betrachtung, oder die im Texte berührte Gefahr mit dem: „cum satis esse inhumanum videatur, per leges, quae perjuria puniunt, viam perjuriis aperiri" (L. 2 in fin. Cod. de indicta viduit.), was die Gesetzgebung bewog, in den für Ungarn und für Siebenbürgen 1852 erlassenen Gerichts-Ordnungen §. 266 zu bestimmen, es hänge vom Ermessen des Gerichtes ab, ob jene Clausel dem Eide beizusetzen sei oder nicht?

Aufgabe abzukommen. Näher steht uns die Frage, ob denn überhaupt so viele Proceßeide sein müssen, insbesondere, ob es nicht anginge, das Beweismittel des Eides unterhalb einer gewissen pecuniären Grenze auszuschließen. Nicht einmal das canonische Recht, das doch am meisten Beruf hat, Alles vorzukehren, was dem Eide zu der ihm gebührenden Würdigung verhelfen kann, hat eine solche Grenze bestimmt, wie wollte man eine solche bei einer Civilgesetzgebung suchen? Jedem Versuche einer derartigen Grenzbestimmung begegnet sehr wahrscheinlich die Einwendung, daß eine geringe Summe für den wenig Bemittelten denselben, vielleicht einen noch größeren Werth haben mag, als eine große für den Reichen — warum wollte man jenem ein Rechtsmittel entziehen, das man diesem gewährt? Aber so wahr dieß einerseits ist, so wahr ist es andererseits auch, daß in der Beeidigung für oder wider Streitsachen von objectiv geringem Werthe eine Art Abwürdigung des Eides liegt, die dem religiösen Gemüthe zum Aergerniß, dem Leichtsinnigen aber zum Spiele mit dem Heiligen wird. So scheint sich also bei der aufgeworfenen Frage der alte Satz zu bewähren: Incidit in Scyllam, qui vult vitare Charybdim? Dennoch läßt sich vielleicht eine Fahrstraße ausfindig machen, auf der man die eine wie die andere der bezeichneten Gefahren vermeiden kann. Man wird uns nicht in Abrede stellen können, daß die Parteiangabe über Thatsachen, die den Bestand oder Nichtbestand eines nach gemeiner Meinung unbedeutenden Streitobjectes betreffen, unter Umständen an sich schon mehr, weniger Vermuthung der Wahrheit haben muß. Wir setzen beispielsweise den Fall, daß ein vermöglicher Mann von anerkannt unbescholtenem Character eine Darlehensforderung von 20 fl. bei einem ärmlich und kümmerlich sich nährenden Gewerbsmanne in Anspruch nimmt, dieser aber das Darlehen von ihm erhalten zu haben nicht zugesteht; oder — umgekehrt, daß ein solcher Gewerbsmann diese Summe aus irgend einem Rechtsgrunde von einem reichen, honneten Manne beansprucht, derselbe aber von der Thatsache, auf welcher der angegebene Rechtsgrund basirt, nichts wissen will. Wer würde in einem wie in dem anderen Falle nicht für den vermöglichen, unbescholtenen Mann und gegen den armen Gewerbsmann vermuthen? Die psychologischen und empirischen Gründe dieser einfach menschlichen Vermuthung, die freilich, wir wissen es, kein Gesetz für sich hat, liegen so offen zu Tage, daß wir uns ihrer Auseinandersetzung überheben können. Wenn nun derjenige, für dessen Angaben die Umstände zu sprechen scheinen, dieselben vor Gericht macht, nach einer ernsten Aufforderung dessen, der die Verhandlung leitet, die

Wahrheit zu sagen und nach verständlicher Rückweisung desselben auf die Folgen gerichtlicher Lüge in einer solennen, vom Gesetze selbst genau bestimmten, unerläßlichen Form macht, sollte dieß nicht die Vermuthung bis zur höchsten Wahrscheinlichkeit steigern und alle weitere Beeidigung überflüßig machen? Man sollte meinen! Die eidliche Aussage hat ja doch nur überzeugende Kraft, wenn bei dem Aussagenden die zum Wesen des Eides gehörigen Voraussetzungen wirklich vorhanden sind. Ob sie es sind, ist eine quaestio facti, deren genaue Beantwortung sehr oft gar nicht möglich ist. So bleibt in gar vielen Fällen ohnehin nur die durch das menschliche Gesetz auf die eidliche Lüge gesetzte Strafe das für die Wahrheit der eidlichen Angabe gewährschaftliche Moment; dieß läßt sich aber recht wohl auf die einfache, obgleich formell bestimmte Angabe bei Gericht übertragen. Unsere unmaßgebliche Meinung geht also dahin, es sollte bis zu einem gewissen Werthe des Streitgegenstandes dem Richter überlassen bleiben, ob er nach den vorhandenen Umständen die auf- oder angetragene Beeidigung einer Proceßpartei nothwendig finde, oder ob er die in einer gesetzlich bestimmten Form gefaßte, in einem eigenen gerichtlichen Acte abgegebene Erklärung der Partei als hinreichend ansehe. Man wird dagegen vielleicht bemerken, daß unsere Argumentation auch auf Streitobjecte von höherem Betrage und selbst auf Zeugeneide überhaupt sich beziehen lasse; daß es doch schwierig sein werde, die Grenze auszumitteln, von welcher erst ein Parteieneid als ordentliches Beweismittel gestattet werden möchte; daß der richterlichen Willkür eine Gasse geöffnet werde, die derselben bisher verschlossen gewesen ist. Wir können uns aber durch diese Bemerkungen nicht bestimmt finden, von unserer Ansicht abzugehen, daß es nur vortheilhaft sein würde, wenn dem Parteieneide bis zu einer gewissen Grenze, die durch den Streitgegenstand bestimmt wird, erst auf richterliches Ermessen der Zugang verstattet wäre. Daß die für unsere Meinung beigebrachten Gründe noch weiter langen, als wir meinen, kömmt uns darum unrichtig vor, weil — was die Parteien-Eide anbelangt — bei einem hohen Werthe des Streitobjectes die Versuchung, als Kläger oder Geklagter sich durch unrichtige Angaben zu helfen, unstreitig größer ist, als bei einem nur geringfügigen Proceß gegenstande; die Zeugeneide anlangend aber aus der Verhandlung selbst, zumal wenn die Zeugen vor ihrer Aussage beeidigt werden sollen, insgemein zu wenig Anhaltspunkte sich ergeben, um selbst auch nur bei geringeren Sachen deren Aussagen blos ihrer selbst wegen als wahr hinzunehmen. Daß es schwer sein werde, die von uns gemeinte Grenze

mit allgemeiner Befriedigung zu bestimmen, mag wahr sein; gewiß aber ist es nicht unmöglich. Hat die österreichische Gesetzgebung die Grenzscheide zwischen dem ordentlichen und dem summarischen Processe aufgefunden, und hat sie zwischen den Verbrechen des Diebstahles, der Veruntreuung und des Betruges und den gleichnamigen Uebertretungen einen quantitativen Unterschied festgestellt; so würde sie ohne Schwierigkeiten wohl auch beim Eide die Abgrenzung machen können. Was endlich das Bedenken hinsichtlich des richterlichen Waltens betrifft, so muß man Willkür und vernünftiges Ermessen unterscheiden, und hat seitens der Richter dort am allerwenigsten eine Verwechslung dieser Begriffe zu fürchten, wo, wie in Oesterreich, der Richterstand bisher noch der Corruption unzugänglich gewesen ist und Vorkehrungen genug bestehen, daß man hoffen darf, es werde auch künftighin so sein. Oder waren es doch ähnliche Bedenken, welche die Gesetzgebung veranlaßten, in den für Ungarn und für Siebenbürgen 1852 erlassenen Gerichts-Ordnungen (§. 249) auf halbem Wege stehen zu bleiben, indem sie in Verhandlungen über geringfügige Objecte den Richter nur beauftragte, dahin zu wirken, daß die Gegenpartei statt des abzulegenden Eides sich mit einer gerichtlichen Betheuerung begnüge? Es wäre dieß ein schlimmes Präjudiz, würde aber doch noch nicht zu dem Schlusse berechtigen, daß es auch in den übrigen Provinzen nicht anders sein dürfe.

6. Wenden wir uns den außergerichtlichen Eiden zu. Welch' eine unabsehbare Menge von Beamten- und Dienstleiden! Man tritt in den Staatsdienst und schwört, und schwört wieder bei jeder nicht blos pecuniären Vorrückung, wenn gleich in denselben Amtskategorien. Muß das sein? Merkwürdiger Schluß, man müsse sich gegen einen Beamten, der Jahre hindurch bei sehr geringem, oder — wie dieß bei den Justiz-Practikanten der Fall — ohne alles Einkommen seiner Amtspflicht genügte, bei jedem Schritte, den er in langweiliger Amtstour vorwärts kömmt, der Untreue, der Schlechtigkeit, der Nachlässigkeit von Neuem versehen [8]). Der Schluß ist um so merkwürdiger, da er bei dem Soldatenstande nicht zu gelten scheint, wie denn doch der Soldat unter dem Einen Fahneneide wenigstens alle seine Avancements macht. Ist denn aber die Stellung der Officiere in ihrer Unter- und Ueberordnung eine minder bedeutende, als jene der Civilbeamten? Oder bietet die Uniform

[8]) Nach evangelischer Anleitung sollte man das Gegentheil erwarten: „Da sprach der Herr zu ihm: Ei, du frommer und getreuer Knecht! Du bist über wenigem getreu gewesen, ich will dich über viel setzen." Matth. XXV, 21.

bei dem Soldaten mehr Chancen, als jene des Beamten oder der einfache bürgerliche Rock? Ließe sich nicht auch für die Beamtenwelt eine Eidesformel auffinden, die das immer wiederkehrende Vereidigen selbst bei Leuten, die in ihrem ängstlichen Wesen dafür sind, mit allem Grunde überflüßig machen könnte? — Eine weitere Frage wäre es, ob denn wirklich der Staat untergehen müßte, wenn nicht alle seine Beamten, wären sie auch noch so winzig, alle seine Diener, hätten sie auch nur sehr untergeordnete Dinge abzuthun, beeidiget würden? Ueber diesen Zweifel muß wohl auch der hergebrachte Schlendrian verlegen werden. Wenigstens haben wir noch nicht gehört, daß ein Geschäftsmann die Leute, die er braucht, nur gegen eidliche Angelobung in seinen Dienst nimmt. Man hilft sich viel praktischer; der Geschäftsmann sucht sich seine Leute selbst aus, bezahlt sie anständig und ordentlich und überwacht ihr dienstliches Leben, indem er strenge Geschäftsordnung hält. Darin liegt das ganze Geheimniß seiner Sicherheit, und man hört viel seltener, daß einem geschäftsthätigen Privatmanne durch Veruntreuung, Diebstahl, Betrug seiner Leute Schade zugefügt worden ist, als man von strafrechtlichen Untersuchungen gegen untreue, diebische, betrügerische Staatsbeamte und Staatsdiener liest und hört. Die Reflexion auf den öffentlichen Dienst ergibt sich von selbst. Nimmt man nur solche Personen dahin auf, die nicht blos die erforderlichen Fähigkeiten, sondern auch ein Vorleben für sich haben, das ihren guten Willen verbürgt, salarirt selbe anständig und ordentlich, controlirt sie in zweckmäßiger Weise und überläßt den Schuldigen der verdienten Strafe, die das unparteiische Gesetz über ihn ausgesprochen haben will, dann gewiß bedarf es in vielen Dienstkreisen gar keiner Beeidigung, und genügt für die übrigen, wo solche die besondere Wichtigkeit der amtlichen Stellung fordert, der Eine Amtseid. Wir wollen es uns nicht herausnehmen, die Aemter und Dienste zu bestimmen, bei denen man von aller Beamten-Vereidigung absehen könnte; meint man aber, in Folge einer gewissen Rechtscontinuität und Beamten-Gleichberechtigung bei jener allgemeinen Beeidigung bleiben zu sollen, so mag es wenigstens bald von der üblichen Wiederholung und Vervielfältigung der Amtseide abkommen. Ist es denn wirklich so gar nothwendig, daß der in Eid genommene Praktikant, nachdem er Auscultant geworden, abermals beeidiget werde, um früher oder später erst wieder als Actuar, als Adjunct und so fort bei jedem Schritte auf der steilen Beamtenleiter aufwärts Gott zum Zeugen anzurufen, wie er treu und fleißig amtiren wolle? Ist es wirklich nicht möglich, eine Eidesformel ausfindig zu

machen, durch welche der jetzigen Praxis abgeholfen und einem Notariats-Substituten nicht bei jeder weiteren blos örtlich verschiedenen Substitution vom Neuen derselbe Eid wieder abverlangt würde?

7. Wir finden den bisher gemachten Bemerkungen nur noch eine, über die Art der Beeidigung, beizusetzen. Daß eine der Würde des Eides angemessene Form seiner Abnahme zur Werthschätzung desselben beitrage, fällt in die Augen. Wird das Heilige nicht in erhabener Weise behandelt, so wird es zu dem Gemeinen herabgezogen und verfehlt seines praktischen Eindruckes. Dieß wollten die alten Römer, jenes auch durch seine Pietät gegen die Götter ausgezeichnete Volk, bei dem Eide dadurch verhüten, daß sie sich insgemein an einem eidlichen Ausdruck hielten, mit welchem der Schwörende selbst, wenn er log oder für den Fall, daß er wortbrüchig würde, sich sehr verständlich das Urtheil sprach, das die Gottheit vollziehen sollte. Der „heiligste Eid" bei ihnen war das uralte Jovem lapidem jurare t). Allerdings war diese Art zu schwören keine absolut nothwendige, aber sie war die geforderte, wenn von maßgebender Stelle nichts Anderes bestimmt war. Wie weit dieses ursprüngliche corporaliter jurare u) späterhin Ersatz erhielt, ist uns nicht genau bekannt, wahrscheinlich nahm man dafür auch den Schwur am Altare, den die Römer vielleicht ihrem ärgsten Feinde abgesehen hatten x). — Die kirchliche Gesetzgebung will, daß der Eid vor dem Evangelienbuche und regelmäßig unter Berührung desselben mit den Schlußworten: „So helfe mir Gott und sein heiliges Evangelium" abgelegt werde, der Schwörende aber noch nüchtern sei, d. h. von Mitternacht, als dem Anfange des Tages an, weder Speise noch Trank zu sich genommen habe y). Diese Bestimmungen, die übrigens weitere Zusätze der Diöcesanlegislation nicht hindern, sind gewiß nur zu loben; dagegen können wir es nur mit Bedauern verzeichnen, daß nach canonischem Rechte die Ablegung eines Eides durch eine vom Eidpflichtigen verschiedene Person gestattet wird. Wie weit dieses „jurare in animas aliorum" zulässig sei, ist freilich nicht unbestritten, gewiß aber geht es

---

t) Aul. Gell., Noctes Att. I, 21, §. 4; Cic., Ad divers. VII, 12. Nach Festus hielt der Schwörende einen Stein in der Hand, den er mit der Erklärung wegwarf: „Si sciens fallo, tunc me Diespiter salva urbe arceque bonis ejiciat ut ego hunc lapidem."

u) L. 1. Cod. si advers. vendit. L. 3. Cod. si minor se majorem dix.

x) Liv. XXI, 1.

y) c. 17. 22. C. XXII. q. 5. c. 7. X de juram. calum. — c. 33. Dist. LXIII. c. 4. X de jurej. Clem. un. §. Postque eod. tit. — — c. 16. C. XXII. q 5

nicht blos auf den Calumnieneid z), auch nicht blos auf diesen und den Eid, den eine juristische Person zu leisten hätte aa), indem es nach dem klaren Ausdrucke der Canones demjenigen, der ein juramentum fidelitatis zu beanspruchen hat, freisteht, sich dasselbe auch durch einen Bevollmächtigten leisten zu lassen bb). Die vaterländische Gesetzgebung weiß von solchen Eid-Substitutionen nichts; wer einen Eid abzulegen hat, muß ihn in eigener Person ablegen. In Absicht auf gerichtliche Eide ist dieß ausdrücklich verfügt, und kann ein Sachwalter nur etwa zur Anbietung, zur Annahme, oder Zurückschiebung eines seinen Principal betreffenden Eides verwendet werden cc). Aber auch außergerichtliche Eide verlangen mit Ausnahme der für juristische Personen nothwendigen Vertretung nach der in Oesterreich bestehenden Uebung immer des Eidpflichtigen persönliche Verwendung. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß nicht doch unter besonderen, gesetzlich specialisirten Umständen ein Eid, der persönlich geleistet werden sollte, blos um seines gerichtlichen Anbotes oder der unterschriebenen Eidesformel wegen, einstweilen oder auch für immer als wirklich abgelegt angesehen werden kann dd). Es sind diese Ausnahmen praktisch nothwendige Behelfe, welche weder dem Wesen noch der Werthhaltung des Eides präjudiciren. Wie wir nun aber in dieser Richtung hin den österreichischen Gesetzen vor den canonischen den Vorzug geben müssen, so können wie es auch in jeder anderen Formalisirung des Eides. Zwar ist die in Oesterreich für alle gerichtlichen wie alle außergerichtlichen Eide vorgeschriebene Betheuerungsformel noch einfacher, als jene des canonischen Rechtes ee), und wird auch keiner Beeidigung ein Evangelienbuch beigezogen; aber die Erhebung der rechten Hand in gegen den Schwörenden gekehrter Richtung mit Ausstreckung der ersten drei Finger, indeß die zwei letz-

z) c. 1. 3. 4. 6. 7. X de juram. cal. c. 3. eod. in VI.
aa) c. 2. de testib. in VI.
bb) c. 1. §. Verum de stat. regul. in VI. Clem. un. de jurej.
cc) Allg. Ger.-Ordg. §. 223. — Allg. bürgerl. Gesetzbuch §. 1008.
dd) Allg. Ger.-Ordg. §§. 225—228, dann die dazu gehörigen legislativen Interpretationen.
ee) Allg. Ger.-Ordg. §. 164: Niemand soll anders schwören, als: „So wahr mir Gott helfe". Das Hofdecret vom 3. Juni 1782 (Jakisch II, 127 fg.) will, daß „überhaupt nach den Formeln der Gerichtseide gleichfalls jene bei den Universitäten abgelegt werden". Dasselbe verlangt von den Consistorien das Hofd. v. 18. Juli 1782 (was freilich jetzt wegen der derogativen Kraft des Concordates nicht weiter gilt). Endlich sind die gesetzlich bekannt gewordenen Eidesformeln so ziemlich in gleicher Weise dahin concipirt: „Alles, was mir vorgelesen worden ist, habe ich gut verstanden, und gelobe es zu halten, so wahr mir Gott helfe."

ten eingezogen sind, solennisirt die Ceremonie viel imposanter ff). Dann soll der heiligen Handlung, wenigstens bei gerichtlichen Beeidigungen, jedesmal eine ernste, das Religiöse wie das Staatliche hervorhebende Meineidserinnerung vorangehen und selbe bei allen civil- oder strafgerichtlichen Eiden christlicher Personen — es wäre denn, daß sie der helvetischen Confession angehören — vor einem von zwei brennenden Wachskerzen umgebenen Crucifixe unter schweigsamem, ehrerbietigem Benehmen aller Anwesenden vorgenommen werden gg). Juden und Mohammedaner werden auf die ihrem religiösen Glauben entsprechende Weise, die das Gesetz selbst genau angibt, in Eid genommen. Geschieht dieß Alles, wie es im Sinne des Gesetzes geschehen soll, dann ist wenigstens bei den gerichtlichen Eiden nichts zu wünschen übrig; aber leider geschieht nicht bei allen Gerichten, was im religiösen und staatlichen Interesse geschehen könnte und geschehen sollte. Wir haben Meineidserinnerungen gehört, und wer dergleichen wieder hören will, braucht vielleicht nicht weit zu gehen oder lange zu warten — Meineidserinnerungen, die nach der Devise: „Kurz und gut" zugeschnitten sein sollten — zwar kurz, aber nichts weniger als gut waren. Durch dergleichen trockene, unbeholfene, mühsam aneinandergeknüpfte Worte wird Niemand belehrt oder bekehrt, wohl aber wird eine bekannte Bibelstelle von der Behandlung des Heiligen bewährt hh). Wir müssen wünschen, daß dieß recht bald anders werde; damit es aber sicher werde, schlagen wir vor, es sehr oft zum Gegenstande der Richteramtsprüfung zu machen. Weiß der Candidat, daß er darüber gefragt wird, dann wird er sich wenigstens um eine Ansprache, die sich hören läßt, zwecks der Prüfung umsehen, an die er sich zu erinnern bald genug Gelegenheit finden wird. Vielleicht würde auch Mancher, der schon mehr als einmal solche Erinnerungen nach den mitunter sehr armseligen Eingebungen des Augenblickes gemacht hat, für's Künftige überlegter, ergreifender sprechen, wenn auch nur, um sich nicht vor demjenigen, der ihm eben actuarisirt, und Dinge dieser Art besser zu ordnen weiß, bloszustellen. Eines solchen Umschwunges könnte man sich gewiß freuen; nur wenn die Meineidserinnerung in ergreifender Rede gemacht wird, kömmt das Einfache, das in der österreichischen Betheuerungsformel liegt, zu seinem rechten

ff) Allg. Ger.-Ordg. §§. 163, 221.
gg) Allg. Ger.-Ordg. §. 162. Hofd. 14. Mai 1781 (Just. G. S. Nr. 16). Just. Hofd. 17. November 1826 (Just. G. S. Nr. 2231). Just. Hofd. 21. Decmb. 1832 (Just. G. S. Nr. 2582).
hh) Matth. VII, 6.

Ausdrucke — sonst würde wie Grau in Grau gemalt werden, Alles ohne Wirkung vorübergehen. Warum hört man denn so selten von einem falschen Judeneide? Weil das, was dem schwurpflichtigen Juden schon von richterlichen Amtswegen gesagt wird, so feierlich klingt ii), daß er, wenn auch nur ein Funke religiösen Sinnes in ihm ist, zurückschrecken muß, etwas eidlich zu betheuern, von dessen Wahrheit er nicht vollste Ueberzeugung hat. Warum ließe sich die einfache Formel des christlichen Eides durch richterliches Zuthun nicht eben so wirksam machen? Dieses richterliche Zuthun beansprucht freilich mehr als ein paar Augenblicke, und bei einem mit Geschäften sehr überladenen Gerichte läßt sich sehr begreiflich jeder einzelnen Function die Zeit nur karg und knapp zumessen. Was Wunder, daß der von Erhebungen, Partei- und Zeugen-Vernehmungen, von Referaten und Sitzungsdebatten occupirte Justizmann, der in der Eidesabnahme eben kein Object zur Uebung juristischen Scharfsinnes findet, dieselbe mit möglichster Zeitersparniß abzufertigen sucht? Dazu kömmt dann noch die Macht der Gewohnheit, die dahin führt, in der Eidesabnahme kaum etwas mehr, als einen mechanischen Act zu sehen. Bei dieser Ansicht nimmt man es folgerichtig auch nicht sehr genau mit der Umgebung; es werden vielleicht in demselben nicht eben übermäßig großen Saale mehrere Eide auf einmal abgenommen, es wird ohne besondere Bedachtnahme auf das, was eben geschieht, ab- und zugegangen, vielleicht auch mehr, weniger sotto voce eine und die andere Neuigkeit mitgetheilt. Dergleichen Unfug muß leider zur Mißachtung des Eides führen, und der gewissenlosen Hinwegsetzung über seine Bedeutung Vorschub leisten. Abhilfe kann da nur durch eine bessere Organisirung des ganzen Gerichtswesens gebracht werden; Gesetze hätten wir in dieser Beziehung genug; sie alle jedoch greifen die Uebelstände nicht an der Wurzel an, darum treiben letztere, kaum meint man sie ausgerottet zu haben, im lustigen Jugendgrün wieder hervor. Zu wünschen bleibt, daß bei der schon so lange in Aussicht gestellten sehr wohlthuenden Reorganisirung des österreichischen Gerichtswesens über das Viele, das dabei zu bedenken ist, Mehreres, und darunter auch der in Frage stehende Gegenstand gerichtlicher Vereidigung nicht übersehen werde.

8. Sehen wir uns zum Schlusse unserer Betrachtung noch die außergerichtlichen Eide an, die es auch jetzt in Oesterreich geben soll, so zeigt sich zwar eine große Menge sorgfältig concipirter Eidesformeln,

ii) Just. Hofd. 1. Oct. 1846 (Just. G. S. Nr. 987).

die dem aufzunehmenden oder avancirenden Beamten den ämtlichen Gang vorzeichnen sollen, nirgends aber haben wir etwas der gerichtlichen Meineidserinnerung Analoges wahrzunehmen. Diese Verschiedenheit zwischen dem gerichtlichen und dem außergerichtlichen Eide mag ihren Grund haben; wir können ihn leider nicht auffinden. Warum wäre es überflüßig, dem antretenden Beamten eindringlich an das Herz zu legen, daß in jeder pflichtwidrigen Verwaltung des Amtes, das er eben unter dem auf Gott bezogenen Versprechen voller Amtstreue übernimmt, die schwere Sünde des Eidbruches liegen würde, und daß er, einer darauf bezüglichen Gesetzübertretung schuldig, um so strenger bestraft werden müßte, da er nicht blos staatliche, sondern auch religiöse, das staatliche Interesse influirende Pflichten verletzt hat[kk])? Man setzt dieses Wissen bei Leuten, die in den Staatsdienst treten, oder gar darin fortschreiten, wahrscheinlich voraus; besser aber, deucht uns, möchte es noch immer sein, von dieser Voraussetzung Umgang zu nehmen und denjenigen, der den Amtseid abnimmt, zu beauftragen, dem zu Beeidigenden ein ernstes, gemüthliches Wort zuzuwenden. Mitunter würden da vielleicht mit Einem Steine zwei Würfe gemacht — docendo etenim discimus. Noch erfolgreicher würde dieß werden, wenn es stets in feierlicher Versammlung der dem Amte bereits Angehörigen, unter gleichen Ceremonien, wie gerichtliche Eide abgenommen werden, geschehen müßte. Die außergerichtliche Beeidigung, wie sie zumal bei den Amts- und Dienstantritten in Oesterreich vorkömmt, ist denn doch gar zu einfach; so kömmt es, daß man sie meist für eine leidige Förmlichkeit nimmt, die nun einmal herkömmlich ist. Wie aber sollte bei einer derartigen Auffassung der Eid dem Beamten eine Schutzwehr sein, an welcher die Versuchung, die pecuniäre wie die ambitionelle, erfolglos abgleitet? Andererseits — wäre jener bekannte, empörende Mißbrauch von Amtsgewalt, der, um einem einflußreichen Manne gefällig zu werden, einen Sandon in's Irrenhaus brachte und ohne Erbarmen daselbst festhielt, möglich gewesen, wenn man den Diensteid für etwas mehr als eine bloße Förmlichkeit angesehen hätte?

Wir haben bisher zwar nur die gefährlichste Art außergerichtlicher Eide im Auge gehabt; wir meinen aber, in gleicher Weise auch von den übrigen sprechen zu können und zu sollen, zumal von dem Eide, den Brautleute im Falle einer Dispens vom ganzen Aufgebote abzulegen haben[ll]), vom Unterthänigkeitseide und von dem „Eide der

[kk]) Strafgef. §. 42.
[ll]) Hofd. 20. Mai 1785 (Jalsch II, 117); Ehepat. v. J. 1856, §§. 39. 40.

Treue", den die österreichischen Bischöfe aller Grade, ehevor sie die Leitung ihrer Kirchen übernehmen, vor Seiner kaiserlichen Majestät ablegen. Der letzte insbesondere wird concordatmäßig zwar „auf Gottes heiliges Evangelium, wie es einem Bischofe geziemt" — aber ohne alle Schlußbetheuerung abgelegt [mm]). Es ist jedoch die ganze Eidesformel unter genauer Erwägung aller Umstände von den hohen Contrahenten vereinbart worden und entzieht sich sohin jeder kritischen Bemerkung. So viel aber dürfen wir, ohne alle Verletzung irgend einer schuldigen Ehrfurcht, doch besorgen, es möchte unserem bestmotivirten Verlangen, auch die Vereidigungen unter das Gesetz der Sparsamkeit zu bringen, entgegen vielleicht selbst von jenen Bischöfen, die (wenngleich sogar nur auf allerhöchsten Vorschlag) von einer Diöcese in die andere übersetzt worden, der Eid der Treue gefordert werden. Man kann sich freilich auf entgegengesetzte Analogien berufen [nn]) — jedenfalls wäre eine concordatliche Vorkehrung gegen solche Wiederholungen nicht ganz überflüßig gewesen. In dieser Richtung ersprießlicher Mäßigung wäre es auch vielleicht Vielen ganz recht, wenn wieder einmal, wie in den achtziger Jahren, eine Revision der noch jetzt bestehenden außergerichtlichen Eide vorgenommen würde. Was soll jetzt noch der Lehenseid, oder der bei gewissen Gelegenheiten etwa noch immer abzulegende Eid, man gehöre keiner geheimen Gesellschaft an und werde auch keiner beitreten [oo])? Auf so manche ganz überflüßige Diensteide haben wir bereits oben hingewiesen.

[mm]) Concord. Art. XX. (Vergl. damit Hofd. 16. Sept. 1782. Jakſch II, 124.)
[nn]) Just. Hofd. 24. Oct. 1827. (J. G. S. Nr. 2313.)
[oo]) Vergl. auch Just. Hofd. 10. Mai 1848 (J. G. S. Nr. 1145).

II.

Die Tiroler Landesordnung vom Jahre 1526,

auch genannt die Bauernlandesordnung.

Vom Herrn Dr. J. Oberweis, Prof. der Rechte an der Universität Innsbruck.

I.

Geschichtliche Einleitung.

Unter den tirolischen Rechtsquellen nimmt die Landesordnung vom Jahre 1526, auch genannt die Bauernlandesordnung, aus mannigfachen Gründen eine hervorragende Stellung ein. Dieselbe ist zuvörderst das erste größere, mehrere Theile des Rechtes, als: Privatrecht, Strafrecht, gerichtliches Verfahren umfassende Gesetzbuch des Landes; ferners trägt sie das Gepräge der Zeit, in der sie entstanden, der äußeren, bei Erlassung derselben thätig gewesenen Einflüße in sehr entschiedener Weise an sich. Besonders sind die Bestimmungen der Landesordnung über das Verhältniß zwischen Grundherren und Grundholden für die Geschichte der bürgerlichen und politischen Rechtsstellung des tirolischen Bauernstandes von hohem Interesse; dieselben sind das Product der damals unter der gesammten deutschen und speciell auch unter der tirolischen Bauernschaft herrschenden socialen Gährung und der dringenden Nothwendigkeit, durch weitgehende Concessionen, durch vielfache Erleichterung des Jahrhunderte langen materiellen Druckes dem auch in Tirol drohenden Ausbruche des Bauernkrieges vorzubeugen. Der processualische Theil der Landesordnung ist vorzüglich geeignet, die Aufmerksamkeit des Juristen auf sich zu ziehen, der auf diesem Gebiete trotz der damals in Deutschland schon vorherrschenden romanisirenden Strömung

noch den altdeutschen Schöffengerichten mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Gerichtsverfahrens begegnen wird. Die strafrechtlichen und polizeilichen Bestimmungen sind als Gradmesser der geistigen und materiellen Cultur von Wichtigkeit für die Geschichte jener in religiös-socialer Beziehung so tief bewegten Zeit.

Der Darstellung des Inhaltes der Landesordnung vom Jahre 1526 möge eine kurze übersichtliche Zusammenstellung der früheren tirolischen Rechtsquellen vorausgehen.

Zur Zeit der Völkerwanderung ließen sich innerhalb der heutigen Grenzmarken der Länder Tirol und Vorarlberg drei der bedeutendsten deutschen Volksstämme nieder, im Süden die Langobarden, im Norden die Bajuvarier, im Nordwesten die Allemanen. Dieser noch heute bestehenden Dreitheilung des Landes entsprach auch eine Dreitheilung des Rechtes, es galten das langobardische, bajuvarische und allemanische Volksrecht. Viele Bestimmungen dieser Volksrechte lebten auch, nachdem letztere allmälig als Quellen des geschriebenen Rechtes außer Wirksamkeit traten, als Gewohnheitsrecht bei den betreffenden Stämmen fort, und gingen mitunter, wenn auch zeitgemäß modificirt, in die später geschriebenen Rechtsquellen, Statuten, Stadtrechte, Dorfrechte u. s. w. über, so z. B. die Grundsätze des den Töchtern sehr ungünstigen langobardischen Erbrechtes in das Statutum tridentinum vom Jahre 1528.

Nachdem unter Carl dem Großen die meisten germanischen Stämme zu Einem Reiche verbunden waren, folgte auf diese Periode der Zentralisation, welche die Stammesherzogthümer aufgelöst und nur die Eintheilung des großen weiten Reiches in Grafschaften bestehen ließ, in den nächsten Jahrhunderten eine Periode der bis zum Uebermaße gehenden Dezentralisation; an die Stelle des einheitlichen Reiches traten wieder die Stammesherzogthümer, und auch diese zerfielen allmälig in eine Unzahl kleiner und kleinster Stadt- und Landgebiete. Dieser territorialen Zersplitterung entsprach der ausgebildetste Particularismus der Rechtsbildung; fast jedes auch noch so winzige Gebiet hatte seine unter den mannigfaltigsten Benennungen von Hof- und Dienstrechten, Handvesten, Stadt-, Land-, Dorfrechten u. s. w. vorkommenden autonomen Statuten, hervorgegangen aus dem bisherigen ungeschriebenen Gewohnheitsrechte, und allmälig aus mancherlei Gründen und bei verschiedenen Anlässen aufgezeichnet.

Auch Tirol war von der Auflösung des Carolingischen Reiches bis zur Mitte des 13ten Jahrhundertes von zahlreichen größeren und kleineren Herren beherrscht, deren Macht nach Umfang und Inhalt sehr

verschieden war. Das Land bestand aus vielen Theilen, ohne noch ein compactes Ganze zu bilden, ohne einen Mittelpunkt, eine Zentralregierung zu besitzen. Vorzüglich waren es die drei Geschlechter der Grafen von Eppan, von Tirol und von Andechs, welche auf die Geschichte des Landes einen hervorragenden Einfluß ausübten. Ihnen an die Seite traten an geschichtlicher Bedeutung die Fürstbischöfe von Trient und von Brixen. An diese fünf bedeutendsten Machthaber des Landes reihten sich dann zahlreiche geistliche und weltliche Herren, welche sich zu verschiedenen Zeiten bald mit größerem, bald mit geringerem Machtumfange in Tirol emporgerichtet hatten, und welche bis zur Mitte des 13ten Jahrhundertes keinen anderen Oberherrn, als den römisch-deutschen Kaiser hatten. Die Bewohner des Landes lebten in Verhältnissen, die je nach den einzelnen Landestheilen verschieden waren. Allen gemeinsam waren ein tief eingewurzelter religiöser Sinn, Genügsamkeit und Einfachheit der Sitten; kaum irgendwo gab es seit früher Zeit so wenig Hörige und so viele freie Leute, wie in Tirol; durch das Zusammentreten der Letzteren entstanden die freien Bauerngemeinden, die sich aus ihrer Mitte die Vorsteher wählten, und die ihren einfachen Verhältnissen entsprechenden Gesetze selbst gaben. Wir finden in dieser Epoche eine große Anzahl von Statuten, hervorgegangen aus der Autonomie der betreffenden Gemeinden und Genossenschaften. Dahin gehören die in der Form eines Vertrages der Thalgemeinde Fleims mit dem Fürstbischofe Gebhard von Trient in den Jahren 1111 und 1112 entstandenen Fleimser Statuten, genannt i patti Gebardini, die ältesten Tirols, welche eine fast vollständige politische Unabhängigkeit dieser Thalgemeinde bekunden und vorzüglich die Regelung der Ausübung der Rechtspflege zum Gegenstande haben, ferners das Statut des Nons- und Sulzthales, von Pergine, Val Rendena, von Botzen und Grieß. In allen diesen Statuten begegnen wir verhältnißmäßig wenigen privatrechtlichen, wohl aber vielen Strafbestimmungen, was wohl darin seinen Grund haben dürfte, daß in den südlichen Landestheilen alle, selbst die schwersten Verbrechen, mit Geldstrafen gesühnt werden konnten, und die Strafgelder eine bedeutende Einkommensquelle der Fürstbischöfe von Trient bildeten — ein Mißbrauch, der in den anderen Landestheilen nicht vorkam.

Von den deutsch-tirolischen Statuten dieser Zeit verdienen Erwähnung die sogenannten Satzbriefe von Passeier, die Freiheiten der Schildhöfe von Passeier, deren Besitzer die Leibwache der Grafen von Tirol bildeten und ritterlichen Standes waren, dann die Landsprache von

Schlanders, und die höchst characteristischen Dorfrechte von Partschins. In diesen Rechtsquellen finden wir die Grundzüge der alten ehrwürdigen Verfassung unseres Vaterlandes, beruhend auf Selbständigkeit der Gemeinden und Oeffentlichkeit der Rechtspflege, welche von freien Männern aus dem Volke selbst ausgeübt wurde. Die Vereinbarungen schlichter und kraftvoller Männer bildeten ein wirksames Gegengewicht gegen die übergreifende, häufig zügellose Willkür der zahlreichen adeligen Dynasten des Landes, und legten den Grund zur späteren politischen Machtstellung des Bauernstandes, des zwar der officiellen Rangordnung nach letzten, in vielen Beziehungen aber ersten Standes von Tirol.

Um die Mitte des 13ten Jahrhundertes gelangten die Grafen von Görz durch Beerbung des letzten Grafen von Tirol, der bereits früher die Besitzungen der Grafen von Andechs und jener von Eppan an sich gebracht hatte, in den Besitz des größten Theiles des heutigen Tirols.

Meinhard II. aus dem Hause Görz (1258—1295) war der erste Träger landesfürstlicher Gewalt in Tirol, und eröffnete eine neue Epoche der tirolischen Landesgeschichte. Während bisher das Land von vielen Dynasten beherrscht wurde, welche außer dem römisch-deutschen Kaiser keinen Oberherrn hatten, während es bis dahin als einheitliches Land im politischen Sinne noch nicht bestand, erhielt es jetzt in Meinhard II. einen eben so einsichtsvollen, als kühnen und thatkräftigen Herrscher, dem es gelang, sich in den zuletzt unbestrittenen Besitz der Landeshoheit über alle bisherigen Dynasten, mit Ausnahme der beiden Fürstbischöfe von Trient und Brixen, zu setzen, und dieselben in die bescheidene Stellung von Unterthanen zurückzudrängen; er war Landesfürst von Tirol und deutscher Reichsfürst geworden. Die Begründung der landesherrlichen Macht in Tirol, dann die Befestigung und Behauptung derselben gegen zahlreiche äußere und innere Gegner ließ Meinhard II. nicht dazu kommen, auch auf dem Felde der Gesetzgebung thätig zu sein. Dieß war dem zweiten Gemale seiner Enkelin Margaretha Maultasche, dem Markgrafen Ludwig von Brandenburg, ältesten Sohne Kaiser Ludwig des Bayern, vorbehalten. Dieser vortreffliche Fürst hatte Tirol, von einer nur unter der schwachen Regierung eines Königs Heinrich und einer Margaretha Maultasche möglichen Günstlingswirthschaft bis auf das Mark ausgesogen, von Oberitalien aus ernstlich gefährdet und mit dem Interdicte belegt, im Jahre 1342 übernommen; er übergab es nach 19jähriger Regierung im Jahre 1361 seinem Sohne und Nachfolger Meinhard III., im Innern wohlgeordnet durch eine neugestärkte fürstliche Macht, in friedlichem Einvernehmen

mit seinen Nachbarn und mit dem Pabste versöhnt. Unter seiner Regierung erschien im Jahre 1352 die erste Landesordnung in Tirol. Sie enthält zunächst Bestimmungen über das Rechtsverhältniß der Grundherren und Grundholden, und zwar in einer der rechtlichen Stellung der Letzteren ungünstigen Richtung, indem z. B. verfügt ist, daß jeder Baumann dem Herrn zinsen und dienen müsse, „wie es dem Herrn dunckhet", daß sein Gut ertragen mag, daß ferner alle Bauleute auf ihren Höfen und Gütern bleiben und selbe nicht verlassen sollen ohne ihres Herrn Willen und redliche Ursache, daß dem Herrn das unbeschränkte Verfolgungs- und Pfändungsrecht um fälligen Zins zustehe u. s. w. Außerdem enthält diese Landesordnung ziemlich umfassende Bestimmungen über die Löhnungen der Handwerker und Dienstboten, hervorgerufen durch die Entvölkerung des Landes in Folge der damals grassirenden Pest, welche eine große Störung in allen socialen und praktischen Verhältnissen hervorgerufen hatte, indem die Handwerker, Taglöhner u. s. w. selbst um die annehmbarsten Löhne nicht mehr arbeiten wollten. Endlich enthält die oberwähnte Landesordnung noch mannigfaltige polizeiliche und Strafbestimmungen ohne größeres Interesse. Dieses Gesetz wurde von Ludwig dem Brandenburger aus landesherrlicher Machtvollkommenheit erlassen, welche er sich, gegenüber der seit König Heinrich, seinem Schwiegervater, immer mehr hervortretenden Tendenz der Stände des Landes, in Landesangelegenheiten ein entscheidendes Wort mitzusprechen, unbeschränkt zu erhalten eifrigst bestrebt war.

Unter Herzog Leopold, Sohn des bei Sempach gefallenen Herzogs Leopold des Biderben, erschien, auf dringendes Bitten „der Prälaten, Herren, Ritter, Städte, und gemeiniglich aller Landleute der Grafschaft Tirol", im Jahre 1404 die zweite Landesordnung. Sie unterscheidet sich von der ersten durch die günstigere, rechtliche Stellung der zinspflichtigen Bauern; der Richter sollte sie gegen ungebührliche Forderungen der Grundherren schützen; hier tritt also schon die bereits erstarkte Staatsgewalt und deren Organe als Vermittlerin und Beschützerin der Rechte und Interessen der Unterthanen auf. Auch sollte von nun an der Bauer sein Baurecht, d. i. den Inbegriff der ihm an einem grundherrlichen Gute zustehenden Rechte, frei veräußern dürfen, und war nicht mehr als Höriger an die Scholle gebunden, wie bisher. Die Landesordnung beruft sich dießfalls auf altes Herkommen, welches offenbar nur im Laufe der Zeit, vielfach wohl durch Willkür und Usurpation der Grundherren, zurückgedrängt worden war. Ferners enthält

diese Landesordnung das Verbot, Laien vor den geistlichen Gerichten zu belangen („außgenommen um Zehent der Kirchen angehörend, und umb Seelgeräth und umb die Ee, als solch Sachen von Altem herkhomen seind"). Schließlich finden wir noch Bestimmungen über die Einfuhr fremder Weine und die Ausfuhr inländischen Korns u. dergl.

Im Jahre 1406 übernahm in Folge eines zwischen den vier Söhnen Herzog Leopold's des Biderben getroffenen Uebereinkommens der jüngste derselben, Herzog Friedrich, später zubenannt „mit der leeren Tasche", die Regierung der Grafschaft Tirol, welche er durch 33 Jahre, obwohl mit Unterbrechung, führte. So bewegt und so reich an wichtigen und interessanten Ereignissen seine Regierung auch war, so wenig bietet sie auf dem Felde der Gesetzgebung. Zu den wichtigsten Momenten gehört die Ausbildung und feste Organisirung des Ständewesens überhaupt und speciell die von Friedrich ausgegangene Einberufung eines Landtages nach Botzen „zur Herstellung der Rechtsordnung". Hiebei erschienen die beiden Landesbischöfe von Trient und Brixen, der Adel und Abgeordnete der Städte und Gerichte, i. e. des Bürger- und Bauernstandes. Sechs Abgeordnete des Adels und sechs der Städte und Gerichte wurden als Ausschuß niedergesetzt, um die Zustände des Landes zu prüfen, allfällige Maßregeln in Erwägung zu ziehen und dem Plenum vorzuschlagen. Dieß geschah, und hierauf erfolgte am 8. Jänner 1420 der erste förmliche Landtagsabschied, das erste Gesetz, von den Ständen erlassen, mit Vorbehalt der landesfürstlichen Genehmigung. Die wichtigste Bestimmung desselben ist das Verbot der Selbsthilfe, und die Verweisung aller Streitenden an die Gerichte; jede Widersetzlichkeit gegen letztere und jede Beihilfe hiezu wurde als Friedensbruch erklärt und strenge bestraft.

Unter Friedrich's Nachfolger, Herzog Sigismund dem Münzreichen, dessen 44jährige Regierung in materieller Beziehung, besonders wegen des damals außerordentlich aufblühenden Bergbaues und des stets zunehmenden Handelsverkehres zwischen Italien und Deutschland, vielfach das goldene Zeitalter Tirols genannt wurde, haben wir in gesetzgeberischer Beziehung nur die im Jahre 1450 erfolgte Erlassung einer Münzordnung zu registriren.

Reichhaltiger war dießfalls die im Jahre 1490 begonnene Regierung Kaiser Max I. Im Jahre 1491 erschien die erste Polizeiordnung, damals bekannt unter der Benennung „Etlich Lanndtsordnung", welche nebst dem wiederholt eingeschärften Verbote der Selbsthilfe in Streitsachen zum ersten Male eine Executionsordnung für die gericht-

lichen Erkenntniſſe feſtſtellte, deren Beſtimmungen zum Theile auch in die ſpäteren Landesordnungen übergingen. Ferners erſchien im Jahre 1499 die ſogenannte Malefizordnung, das älteſte ſtrafrechtliche Geſetzbuch Deutſchlands, deren Inhalt ebenfalls die Grundlage der ſpäteren tiroliſchen Strafgeſetze bildet. Ein weiteres, auf die Vertheidigung des Landes gegen äußere Feinde bezügliches Geſetz iſt das ſogenannte Landlibell vom Jahre 1511, welches die Landesvertheidigung und damit zuſammenhängende Zuzugsordnung auf der altdeutſchen Grundlage der allgemeinen Wehrpflicht aller freien Grundbeſitzer regelte. Kaiſer Max I. wollte auch dem Mangel einer umfaſſenden privatrechtlichen Geſetzgebung abhelfen, und ließ zu dieſem Behufe dem tiroliſchen Landtage verſchiedene Entwürfe eines Privatrechtes für Tirol vorlegen, welche jedoch ſämmtlich aus dem Grunde zurückgewieſen wurden, weil ſie zu ſehr vom bisherigen deutſchen Rechte abwichen und den Grundſätzen des römiſchen Rechtes huldigten, obwohl andererſeits der Landtag die Nothwendigkeit einer neuen, den vielfach veränderten Verhältniſſen entſprechenden Landesordnung ausdrücklich anerkannte. Auf dem im Jahre 1518 zu Innsbruck abgehaltenen Landtage wurde die Erlaſſung einer neuen Landesordnung definitiv beſchloſſen und ein Ausſchuß von je 4 Mitgliedern aus jedem der 4 Stände des Landes mit dem Auftrage niedergeſetzt, gemeinſchaftlich mit den vom Landesfürſten zu bezeichnenden Räthen der Landesregierung den Entwurf einer neuen Landesordnung zu verfaſſen. Kaiſer Max erlebte das Zuſtandekommen des neuen Geſetzes nicht mehr; auch wäre ſelbes wohl nicht ſo ſchnell erfolgt, wenn nicht in den angrenzenden deutſchen Ländern der Bauernaufſtand ausgebrochen, und eine Ausbreitung desſelben auch in unſeren Bergen zu beſorgen geweſen wäre. Dieſer Umſtand machte eine neue Regelung der Rechtszuſtände und eine ſchnelle Abhilfe der großen Theiles ſehr wohlbegründeten Beſchwerden des Bürger- und Bauernſtandes dringend nothwendig. Da nun dieſe Beſchwerden einerſeits auf die Erlaſſung der neuen Landesordnung von Einfluß waren und hiebei berückſichtiget wurden, andererſeits aber einen Einblick in die Tiefe der religiös-ſocialen Gährung gewähren, welche auch das tiroliſche Volk bereits ergriffen hatte, mögen die weſentlichen Punkte der Supplication der Gerichte Thauer und Rettenberg (Unterinnthal) und der 20 Artikel der Bauern an der Etſch hier erwähnt werden [1]).

[1]) Der Wortlaut beider iſt enthalten im Anhange Nr. 43 des fünften Bandes der Zeitſchrift des Ferdinandeums zu Innsbruck vom Jahre 1829. Wer ſich

In der Supplication der Gerichte Thauer und Rettenberg wird verlangt, daß die vertriebenen lutheranischen Prediger wieder zum Predigen zugelassen und die gefangen Gesetzten wieder befreit werden, daß Pulver, Büchsen, Geschütz und anderer Kriegsbedarf nicht aus dem Lande geführt, wohl aber die fremden Truppen entfernt werden sollen, indem die bedrohten Landesgrenzen im Falle der Noth durch angesessene Landleute der Grafschaft Tirol vertheidiget werden würden, ferners daß kein angesessener „*haushäbiger*" Mann verhaftet werden solle, wenn er Bürgschaft zu leisten im Stande ist, daß die Aemter und Stellen im Lande mit Inländern besetzt und die Gerichte nach altem Rechte und Herkommen abgehalten werden sollen; endlich wird verlangt Ermäßigung des Auf- und Abzuges und des Schreibgeldes, Freigebung des Vogelfanges, der Jagd und Fischerei „*wie schon oft begeart*", Verhütung der Wildschäden u. s. w.

Die 20 Artikeln der Bauern an der Etsch verlangten *immerwährende Befreiung* von *allen* Grundzinsen und Zehenten, überhaupt *allen* Leistungen an die Grund- und Zinsherren, mit Ausnahme der ebenfalls zu ermäßigenden an den Landesherrn (die ganze Bewegung war eben zunächst und vorzüglich gegen Clerus und Adel gerichtet), dann das Recht der Anstellung und Absetzung des Pfarrers durch die Gemeinde, Aufhebung des privilegirten Gerichtsstandes des Clerus und Adels, endlich Aufhebung der Jagd, Fischerei und Weide.

Der Erzherzog Ferdinand berief sofort Abgeordnete der Städte und Gerichte auf den 23. Mai 1525 nach Innsbruck, um die eingelaufenen Beschwerden und Bitten zu prüfen, von denen einige sogleich behoben, resp. erfüllt, andere aber auf den künftigen Landtag und die demnächst erscheinende neue Landesordnung verwiesen wurden.

Auf Maria Heimsuchung (2. Juli) 1525 wurde der Landtag einberufen, bei dem die Geistlichkeit *nicht* erschien; die Verhandlungen über die neue Landesordnung wurden demungeachtet ohne Unterbrechung fortgesetzt, wobei die Stimmen der Bürger und Bauern gegen die des Adels bedeutend überwiegten. Die auf diese Weise zu Stande gekommene Landesordnung, welche wegen ihren vorzüglich dem Bauernstande gün-

---

über die Bauernbewegung in Tirol im Jahre 1525 näher informiren will, möge die vortreffliche Arbeit des Gymnasialprofessors und dermaligen Reichsrathes *Josef Greuter* „Ueber die Ursachen und die Entwickelung des Bauernaufstandes im Jahre 1525 mit vorzüglicher Rücksicht auf Tirol" (enthalten im Programme des Innsbrucker Gymnasiums vom Jahre 1856) zur Hand nehmen, und wird hieraus reichliche Belehrung schöpfen.

stigen Bestimmungen auch die Bauernlandesordnung genannt wurde, erhielt über Veranlassung des Erzherzogs am 1. Mai 1526 die kaiserliche Bestätigung, und wurde sofort unter dem Titel: „Der fürstlichen Grafschaft Tirol Landsordnung" gedruckt und als Gesetz kundgemacht.

Auf dem Landtage zu Innsbruck, welcher im Jänner 1529 mit der Vorlage der Verzichtsurkunden des Kaisers Carl V. zu Gunsten seines Bruders, des oben erwähnten Erzherzogs Ferdinand, erwählten römischen Königs, auf alle ober- und vorderösterreichischen Lande und mit der Erbhuldigung für Ferdinand begann, wurde unter Anderem auch beschlossen, die Landesordnung vom Jahre 1526 zu reformiren, und „gute Gesetz und Ordnung dem Recht, Billigkeit und Lanndtsbrauch gemäß zu verfassen, sodann aber Ihro königlichen Majestät zur Confirmation zu übergeben".

König Ferdinand bestimmte zur Ausarbeitung der neuen Landesordnung mehrere Räthe der Landesregierung, und der Landtag wählte hiezu von jedem der vier Stände zwei Abgeordnete. Diese Commission erfaßte ihre Aufgabe mit solchem Eifer, daß schon im Jahre 1532 das neue Gesetz unter dem Titel: „Landsordnung der fürstlichen Grafschaft Tirol" kundgemacht wurde. Im Kundmachungspatente ist gesagt, daß „in vil Artickln der Bauernlandsordnung groß Irrungen und Mißverständ täglich fürfallen und erwachsen, die unlautern Artickln also nothwendig zu erläutern und die beswerlichen aufzuheben waren".

In der neuen Landesordnung wurden viele nur im Drange der Zeitverhältnisse gemachte Concessionen, namentlich in Bezug auf die grundherrlichen Gefälle, Zehenten u. s. w., wieder zurückgenommen, die hierüber seit 1526 von den Parteien etwa geschlossenen Vergleiche jedoch als vollkommen zu Recht bestehend aufrecht erhalten. Im Uebrigen blieb die Landesordnung von 1526 die Grundlage sowohl jener von 1532 als auch der späteren s. g. neureformirten Landesordnung von 1573, welche durch dritthalb Jahrhunderte in Tirol praktische Geltung hatte.

II.

Inhalt der Landesordnung von 1526.

Die Landesordnung enthält Bestimmungen über Privatrecht, Strafrecht, politische und polizeiliche Gegenstände, jedoch ohne systematische Ordnung, wie aus der folgenden wörtlichen Inhaltsanzeige hervorgeht. Sie zerfällt in 2 Bücher; das I. Buch wieder in 7 Theile,

die Theile in Rubriken (Paragrafe); das II. Buch in 2 Theile, die Theile wieder in Rubriken, dann folgen 2 Anhänge.

I. Buch.

Der Erst Tail sagt, wie Sloß mit Ambtleuten sollen versehen werden. Auch von Richtern, Gerichtschreibern, Rednern, Rechtsprechern, Fronbotten und Ihrer Belonung (14 Rubriken).

Der ander Tail zaigt an, wie die Recht gehalten, wo ain yeder becklagt soll werden, von Gerichtsvermeldung, Contumazion oder Ungehorsam, Kuntschaftlaitungen, Bey- und Endturtailen, Appellation und was zur Gerichtlicher Handlung dienstlichen ist (58 Rubriken).

Der Drittail sagt von Vermechten, Testamenten, Gerhabschaften und Todfällen (7 Rubriken).

Der vierdt tail sagt von der Burger, Gerichtsleuten und Inwonern Ayde, Wag, Maß, Ellen, Kauffen und verkauffen eßender Speyß, Wein, Traid, Wulleintuch und annderes (36 Rubriken).

Der fünfft tail sagt von Hantwerchern, jren Bruderschaften, Dienstknechten, Steuern und Rayßen, Zöllen, Mäuten, Weg zu pessern, von Wein und Kupher, auch Salzfuer, unnd anndern gemainen Dingen (24 Rubriken).

Der sechßt Tail sagt von ligenden Stucken und Zinßgüetern, Frey- und Affter-Lehen, Herren- und Affterzinsen, Zehenden, Waiseten, Bestanndt und Hinlassung der Güeter, Robeten, Pawleuten, Wymern, Seltnern, Bräbsten, Pawknechten und Taglönern (35 Rubriken).

Der siebendt tail sagt von Wunn und Waid, Gemeinden, Höltzern, wäldern, Awen, Gewild, Jagen, Vischen und Voglen (19 Rubriken).

II. Buch.

Der erst tail des anndern Buechs sagt von Setzung der Geswornen, Richtern und jren Aiden, wie und was Sy in Malesitz unnd Ynntzicht, mit fenngklicher annemung und peinnlicher Frage hanndeln, mit Urtail zu straffen erkennen sollen, was mit der Uebelthäter Hab und Güeter gehanndelt, und wie Gerichtskosten entricht und bezalt werden sollen (60 Rubriken).

Der annder Tail des anndern Buechs sagt von Pueßen und Peen dero, so durch jr Lästerlich und ungehorsam leben die Gebot, zu der Zucht fürgenomen, übertreten, Als Gotteslästerer, Eebrecher unnd ander (20 Rubriken).

I. Anhang. Ordnung zu verhüeten Künftige Empörung (28 Rubriken).

II. Anhang. Ordnung des Geistlichen Standes in der fürstlichen Grafschaft Tirol (16 Rubriken).

Diese Ordnung ist nur einigen Exemplaren der ohnehin sehr selten gewordenen Landesordnung im Manuscripte beigegeben; der Inhalt derselben wird am Schlusse der ganzen Abhandlung besprochen werden.

Der Inhalt der Tiroler Landesordnung vom Jahre 1526 läßt sich am zweckmäßigsten nach folgenden Abschnitten systematisch darstellen.

I. Privatrecht, II. Civilproceß, III. Strafrecht, IV. Strafproceß, V. politische und polizeiliche Bestimmungen.

I. Privatrecht.

A. Bestimmungen über die grundherrlichen Verhältnisse und die darauf bezüglichen Abgaben und Leistungen.

Jedes Gesetz trägt das Gepräge der Zeit, in der es entstanden, der äußeren hiebei thätig gewesenen Einflüße an sich. Die Bestimmungen der Landesordnung von 1526 über das Verhältniß der Grundherren und Grundholden, und die von Letzteren zu entrichtenden Abgaben entsprangen der dringenden Nothwendigkeit, durch weitgehende materielle Concessionen dem drohenden Ausbruche des Bauernkrieges in Tirol vorzubeugen.

Nur von diesem Gesichtspunkte aus lassen sich die sehr auffallenden, mitunter sehr tief gehenden Modificationen der bis dahin bestandenen grundherrlichen Verhältnisse und die Moderirung der hierauf bezüglichen Abgaben und Dienstleistungen erklären.

Die einschlägigen Bestimmungen der Landesordnung lassen sich unter folgende Rubriken zusammenfassen:

a) Verleihung der Zinsgüter, dann der freien und sogenannten Afterlehen,

b) Bebauung und Theilung der Zinsgüter,

c) Einstandsrecht (Loosung),

d) Aufhebung und beziehungsweise Ermäßigung bestimmter Abgaben und Dienstleistungen,

e) Nachlaß bei den noch bestehenden Grundzinsen,

f) Weinlese,

g) Streitgenossenschaft der Grundherren und Grundholden,

h) Jagd-, Fischerei-, Wald- und Weiderecht.

a) Verleihung der Zinsgüter, dann der freien und sogenannten Afterlehen.

Es hatte sich in Tirol allmälig, in vielen Fällen wohl auf widerrechtlichem Wege, die Gewohnheit ausgebildet, daß Zinsgüter nach der Rodel verliehen wurden.

Unter Rodel (dem lateinischen Rotulus entnommen) verstand man die Aufschreibungen der Zinsherren über die von den Zinsholden ihnen zu entrichtenden Giebigkeiten; es mußten demnach Letztere den Ersteren so viel leisten, als ihnen in deren Aufschreibungen zur Last geschrieben war. Dagegen nun protestirten die Grundholden und verlangten, daß statt der bisherigen einseitigen und willkürlichen Festsetzung ihrer Leistungen die Zinsgüter ihnen wieder nach dem alten, durch oberwähnte Observanz verdrängten Landesbrauch, d. i. auf Grund förmlicher Verleihbriefe, denen dann von ihrer Seite schriftliche Reverse entsprachen, übergeben werden sollten. Verleihbrief und Revers sollten die Leistungen der Grundholden genau und übereinstimmend festsetzen und an der Stelle der früheren oft sehr willkürlichen Rodeln von nun an die alleinige feste, rechtliche Grundlage des Verhältnisses zwischen Grundherren und Grundholden bilden. Dieser billigen Forderung der Bauern wurde nun durch die Bestimmung der Landesordnung entsprochen, daß in Zukunft die Verleihung nach dem „Landesbrauch", d. i. durch Verleihbrief des Grundherrn und Revers des Grundholden, und nicht nach der Rodel erfolgen soll. Alle entgegengesetzten Uebungen und Verabredungen sollen ohne Kraft sein [1]).

In Betreff der sogenannten Frei- und Afterlehen ist verfügt, daß dieselben in Zukunft von den Privat-Lehensherren den Söhnen und Töchtern des letzten Besitzers verliehen werden sollen. Wenn nur Töchter da sind, sollen diese dem Lehensherrn einen ordentlichen Lehenträger stellen. Wenn die Söhne und Töchter ohne eheliche Erben sterben sollten, sollen die Lehen den nächsten Erben derselben, wenn sie binnen Jahresfrist nach dem Tode ihrer Vorgänger die Belehnung ansuchen, vor Allen Andern verliehen werden. Nach

[1]) Landesordnung Buch 1, Theil 7, Rubrik 6. „Es sollen hinfüro die Grundt- und Zinßherren, Sy seyen gaistlichs oder weltlichs Stands allenthalben in diesem unnserem Lannde der fürstlichen Grafschaft Tirol jren Bau- und Zinßleuten nach dem Lanndtsbrauch angezaigter Grafschaft Tirol und nit nach der Rodl, noch auf ainich Instrument, das wider gemainen Landtsbrauch ist, verliehen. Wer sich aber hinfüro deß understeen wurde, dem soll solhes nit gestatt werden und wider disse unnser Ordnung kain stat noch krafft haben."

Ablauf der Jahresfrist konnte der Lehensherr das heimgefallene Lehen verleihen, wem er wollte[2]).

b) Bebauung und Theilung der Zinsgüter.

Es kam häufig vor, daß Güter, welche eine Familie anständig beherbergen und ernähren konnten, von vermöglichen Personen gekauft, als Zugehör („Zuegüter") anderer Güter behandelt wurden und unbewohnt blieben. Um den daraus hervorgehenden mannigfaltigen Nachtheilen vorzubeugen, wurde dieß für die Zukunft untersagt, und im Interesse des Gemeinwesens geboten, daß die vorhandenen landwirthschaftlichen Güter, an denen das Land ohnehin keinen Ueberfluß hat, ordentlich bebaut und mit Einwohnern versehen werden sollen, wofür die Grundherren und die Obrigkeit bei Strafe zu sorgen haben[3]).

Was die Theilung der Zinsgüter betrifft, so gestattet die Landesordnung, daß die Bauern jene Güter und Grundstücke, von denen jedes einen besonderen Grund- oder Zinsherrn hat, unter ihre Kinder unter Vorbehalt der grundherrlichen Rechte vertheilen. Wenn aber ein Hof oder Gut so groß wäre, daß eine Theilung zuläßig erscheint, und der Bauer eines oder mehrerer seiner Kinder auf die getheilten Gutsparzellen setzen wollte, so bedurfte er hiezu

---

[2]) B. 1, Th. 6, R. 13. „Die freyen und Affterlehen außer der Ritter- und Schiltlehen sollen nun hinfüran durch die Lehensherren auf Sün und Töchter verlihen werden. Wo aber allain Töchter vorhanden weren, so sollen Sy dem Lehensherrn ainen ordenlichen Lehentrager stellen. Vnd wo dieselben Lehenserben, als Sün und Töchter on Eelich Leibserben abstürben, dardurch das Lehen dem Lehensherrn haimfallen wurde, so sollen die Lehensherren die nechsten Erben, wo dieselben in Jarsfrist nach der Inhaber des Lehens abganng vor inen erscheinen und der Verleihung begeren, vor andern darinnen mit gnaden bedenken und inen gegen zimlicher Handtreich die Lehen leihen. Wo aber die Erben nit erscheinen oder der Verleihung begeren, so mag der Lehensherr alßdann solh Lehen leihen, wem er will, unverhindert. Doch in allweg Unns an unsern Lehenschafften unvergriffen."

[3]) B. 1, Th. 6, R. 3. „Nachdem in diesem Unnserm Lande vil Güeter, insonnders in Gepirgen und Telern ligen, darauf sich Personen wol neren und unnderhalten mögen, durch die vermöglichen Personen und Unnderthanen erkaufft, außgeödet, und zu Zuegütern gebraucht werden, und derhalben unbesetzt bleiben, darauß Unns als Regierenden Herrn und Landtsfürsten an Unnser fürstlichen Obrigkeit, dergleichen den Gerichtsherren an iren Herrlichkaiten mangel erscheint, dartzue die Mannschaft in mindrung gestellt wird, das uns kaineswegs verrer zu gestatten nit leidenlich sein will, demnach setzen und ordnen Wir, daß nyemandt gestatt werden soll, angetzaigte Gueter auszuöden oder zu zuegütern zu gebrauchen, Sunder die sollen besetzt und mit Innwonern versehen werden; darob die Gerichtsobrigkait mitsambt den Grundt- und Zinßherrn bey der Peen und Straff halten sollen."

der Bewilligung des Grundherrn, der in solchem Falle nach billigen Rücksichten handeln soll[4]).

c) Das Einstandsrecht bei Zinsgütern (Loosung).

Die Landesordnung kennt ein zweifaches Einstandsrecht bei Zinsgütern: α) des Grundherrn, und β) der Blutsfreunde des Grundholden.

α) Einstandsrecht des Grundherrn.

Jeder Baumann hatte das Recht, sein Zinsgut („Pawrecht") zu verkaufen[5]); jedoch mußte er es zuvörderst seinem Grund- oder Zinsherrn zum Kaufe anbieten und ihm dasselbe um 1 ℔ Berner wohlfeiler, als einem Andern überlassen, wenn er es an sich bringen wollte. Wenn nun der Grund- oder Zinsherr es um diesen Preis nicht kaufen wollte, so konnte der Bauer dasselbe nach Ablauf eines Monates (welche Frist dem Zinsherrn zur Ausübung seines Vorkaufsrechtes noch übrig bleibt) ungehindert verkaufen, jedoch nur an solche Leute, die der Grund- und Zinsherr nach dem alten Landesgebrauche annehmen mußte, mit Ausschluß der Geistlichen, Leibeigenen und so weiter[6]).

β) Einstandsrecht der Blutsfreunde des Baumannes

αα) untereinander:

Wenn Jemand Grundstücke, Gülten und andere Realrechte verkauft, so hatten dessen nächste Blutsfreunde das Einstandsrecht, welches sie binnen Jahresfrist ausüben mußten; jedoch waren sie verpflichtet,

---

[4]) B. 1, Th. 6, R. 4. „Es mügen auch die Pawleut jre Stuckh, Höf, Grundt und Gueter, der yedes einen sundern Grundt- oder Zinßherrn hat, unnder jre Kinder wol außtailen, doch unvergriffen den Grundherren Zynnß und Gerechtigkait. Was aber der Pawmann, wo ye ain Hof oder Guet so ansehenlich wäre, daß Er seiner Kinder ainns oder mer darauf setzen oder verheyraten möcht, soll ime hierinnen bevorsteen, es zuvor an demselben seinen Grundtherrn gelangen zu lassen. Doch sollen sich die Grundtherren in dem Fal gegen den Pawleuten gnedig und gepürlich halten."

[5]) Vergleiche Glosse zum Sachsenspiegel II. 59., wornach der Erbzinsmann in der Mark sein Gut frei veräußern durfte.

[6]) L. O. B. 1, Th. 6, R. 5. „Ain yeder Pawmann soll schuldig unnd pflichtig sein, wann unnd zu wellicher Zeit Er sein Pawrecht verkauffen will, die seinem Grundt- und Zinßherrn vormenigklich anzutragen unnd Im dieselben (soverr Er die kauffen unnd an sich nemen will) ains Pfundt Perner nehrer dann Andern volgen zu lassen. Wollt aber der Grundt- und Zinßherr die nach sollicher Anpietung nit kauffen oder annemen, wie erst gemelt ist, so mag der Pawmann dieselben seine Pawrecht nach verscheynen ainer Monats, das nechstkomend, geben wem Er will, doch außgeschlossen Gaistlichen oder aigen Leuten, sundern so gethannen Personen, die dem Grundtherrn nach Lanndtsrecht und innhalt der allten Lanndtsfreyhaiten zu Pawleuten anzunemen sein.

dem Verkäufer jene Kaufsumme zu bezahlen, die der fremde Käufer bezahlt hätte, oder schon wirklich bezahlt hat, dann auch den Leitkauf, das Schreib- und Siegelgeld und die anderen bei Abschluß des Vertrages erlaufenen Kosten zu ersetzen [7]).

ββ) gegenüber dem Grundherrn:

Wenn der Grundherr im Wege des Einstandsrechtes ein Baurecht seines Grundholden an sich gebracht und es wieder verkaufen will, so stand in diesem Falle den Erben und Blutsfreunden des Grundholden das Einstands- und Verkaufsrecht zu, und mußte der Grundherr das fragliche Baurecht (Zinsgut) denselben um den Preis überlassen, den er nach gewöhnlicher Schätzung von einem Fremden dafür erhalten hätte. Jedoch mußten die einstehenden Blutsfreunde Bauleute sein und die Grundstücke selbst in Besitz nehmen, auch blieben dem Grundherrn alle seine Rechte selbstverständlich vorbehalten [8]).

γ) Gemeinschaftliche Bestimmungen.

Erstens: Die Ziele und Zahlungsfristen des fremden Käufers kamen auch dem Einstandsberechtigten zu Gute [9]).

Zweitens: Der Einstandsberechtigte war dem fremden Käufer

---

[7]) B. 1, Th. 6, R. 8. „Als lang und vorheer in diesem unnserm Lannde, Herrschaften und Gepieten der gebrauch gehalten und gewesen ist, daß allweg die nechsten Erben unnd Freunnd, so ain Ligennds Gut, Stuckh, Zinß, Gült oder annders dergleichen verkaufft worden, Sollichen Kauff vor den Frembden in Jarsfrist von dato des Kauffs an sich nemen mögen; darinnen etlich mißpraüch eingrisen, darauß den Partheyen Last und Schäden erwachsen, das zu verhueten geben Wir disc Ordnung unnd Erläuterung: daß nun hinfüro ain yeder nehrer Erb oder Freund die angetzaigten Kauff in der Zeit wie obsteet ervordern, unnd an sich nemen mag, die Inen also auch unverhindert volgen sollen, doch mit Bezahlung der Kaufffsumma, was die der Kauffer bezalt oder außgeben hat, auch Leutkauff, Schreib- und Sigelgelt und anders, was gepürlicher weise über aufrichtung deß Kauffs erloffen ist."

[8]) B. 1, Th. 6, R. 6. „Und wo der Grundherr solliche Pawrecht wie obsteet (vide Note 6) an sich genomen hat, so soll Er schuldig seyn, wo Er die wiederumb verkauffen will, deß Erben oder Freundtschafft, davon Er Sy an sich genomen hat, anzutragen, und die vor Frembden umb den Phenning, den Er der Grundtherr ungevärlich von andern gehaben mag, zuestellen und erfolgen lassen. Doch daß dieselben Erben oder Freunndt Pawleut sein und die Gueter oder Pawrecht selbs inehaben und besitzen, in allweg dem Grundtherrn an seinen Zinsen und Rechten unvergriffen."

[9]) B. 1, Th. 6, R. 9. „Und ob der Kauffer zu betzalung des erkaufften Guets zil und Frist hett, die sollen dem Erben oder Freund an der Losung, wie dem Kauffer in der Betzalung zu guet kommen."

nicht mehr zu bezahlen verpflichtet, als was dieser bereits dem Verkäufer an der Kaufsumme wirklich abgezahlt [10]).

Drittens: Der Einstandsberechtigte mußte den fremden Käufer für dessen allfällige Verschreibung oder Sicherstellung des etwa ausständigen Kaufschillings zu Gunsten des Verkäufers schadlos halten [11]).

Viertens: Ueberhaupt sollte das Einstandsrecht nicht zu Gunsten Anderer ausgeübt, sondern das eingelöste Gut selbst besessen und benützt werden; etwaige Scheinverträge und alle dieser Bestimmung entgegenstehenden Verabredungen sollen ungiltig und strafbar sein [12]).

Fünftens: Alle die Ausübung des Einstandsrechtes aufhebenden oder beschränkenden Verträge sollten ohne Rechtskraft sein [13]).

d) Aufhebung und beziehungsweise Ermäßigung bestimmter Abgaben und Dienstleistungen.

Die Zahl der bei den mannigfaltigsten Anlässen an die Grund- und Zinsherren zu entrichtenden Abgaben war im Laufe der Zeit fort und fort vermehrt, die Höhe derselben größtentheils im Wege der Gewalt so gesteigert, und die Eintreibung oft so rücksichtslos vorgenommen worden, daß es wohl ganz natürlich erscheint, gerade auf diesem Gebiete den lautesten, dringendsten, und vielfach wohl auch gerechtesten Beschwerden des Bauernstandes zu begegnen.

In allen aus den verschiedenen Landestheilen eingelaufenen Beschwerdeschriften spielen die Klagen über harten Abgabendruck eine Haupt-

---

[10]) Ebendaselbst: „Und er soll dem Kauffer nit mer schuldig sein zu erlegen oder zu erstatten, dann so vil er am Kauff bezahlt hat."

[11]) Ebendaselbst: „Doch daß Er der Löser den oft gedachten Kauffer der außstenndigen Kaufsumma, ob Er sich derhalben gegen dem Verkauffer verschriben hat, on Schaden halte."

[12]) B. 1, Th. 6, R. 10. „Es sollen auch die Erben solch Losung allain Inen selbs unnd sunst nyemandts anndern zu guet haben; auch daß Sy solhe Stukh, Zinß, Gült und Gueter selbs prauchen und inehaben unnd nit anndern in irem Namen zuthun, verhengen noch gestatten. Wo aber solhes beschehn unnd erkunndt wurde, so soll es für ain Mißprauch gehalten und nit Krafft haben. Es soll auch derselb, so also wider dise Unnser Ordnung und Satzung gehandelt hat, wie sich gepürt, bestrafft werden."

[13]) B. 1, Th. 6, R. 11. „Ob sich ain oder mer Personen was Standts, Wirden oder Wesens die sein, understeen wurden, ainich Practick oder Contrackt zu machen in schein, damit die Erben oder nehrer Freund von der Losung der verkaufften Stuckh, Grunnd unnd Gueter, Häuser, Zinß, u Gült oder anders, so ain Erb von ainem Frembden, wie obsteet, hat, zu bringen: So soll doch derselb Tausch, Contrackt oder Prackticke nit Statt haben, noch in Craft geen, Sunder dem Freünd oder Erben in gleichem Fal wie ain Kauff an sich zu nemen, unverhindert volgen; doch mit Bezalung, was das Stuckh ungeverlich wert ist und sich der Leutkauff, Brief- und Sigelgelt verloffen hat."

rolle. So beschwerte man sich namentlich in der sogenannten Supplik der Gerichte Thaur und Rettenberg (im Unterinnthale)[14] über die willkürlichen grundherrlichen Besitzveränderungsgebühren (Laudemien), über Bemessung und Einhebung des Zehents, über die grundherrlichen Jagd- und Fischereirechte u. s. w.; dann in den sogenannten zwanzig Artikeln der Bauernschaft an der Etsch[15] wurde die absolute Aufhebung aller Urbarial- und andern Reichnisse mit Ausnahme der jedoch ebenfalls zu ermäßigenden des Landesherrn, dann Gemeinschaft der Jagd, Fischerei und Weide verlangt.

Die unter dem Hochdrucke der social religiösen Gährung jener Zeit zu Stande gekommene Landesordnung enthält nun dießfalls folgende Bestimmungen:

1. Alle Robothen, die nicht durch wenigstens fünfzig Jahre alte Urkunden erweislich sind, sollen mit Ausnahme der dem Landesherrn oder den l. f. Kammern gebührenden als aufgehoben zu betrachten sein[16].

2. Die Entrichtung des Zehents soll in allen Landestheilen so geschehen, wie es von Altersher (d. i. vor dem durch die Willkür der Grundherren herbeigeführten rechtswidrigen Zustande) üblich gewesen. Zur Erleichterung der Unterthanen wurde der s. g. kleine Feldzehent, d. i. der Zehent von Heu, Obst, Rübenkraut und Hühnern abgeschafft[17]. Die Unterthanen des Ober- und Unterinnthales, dann des Vintschgaues sollten von allen ihren bis dahin zehentpflichtigen Grundstücken auch in Zukunft den Sackzehent geben. Um jedoch dieselben vor aller Willkür und Bedrückung sicher zu stellen, ist verfügt, daß auf Ansuchen des einen oder andern Theiles der Richter mit einigen unparteiischen ehrbaren Männern die zehentpflichtigen Grundstücke im Bei-

---

[14]) Siehe Anhang A.

[15]) Siehe Anhang B.

[16]) B. 1, Th. 6, R. 20. „Dieweil sich die von Adel bewilligt haben, kainen mit den Robathen, so vil an jnen ist, zu beladen, es wurde dann dieselb Robath mit Brief und Jnnsigeln, urbarn oder gewer von fünffzig Jarn alt fürpracht, demnach laßen Wir Unns disen Artikel auch also gefallen, doch Unns an Unnseren Einkomen und Camerguet unvergriffen."

[17]) B. 1, Th. 6, R. 28. „Item es sollen auch hinfüro die Zehenden an allen orten im gantzen Lanndt gegeben werden, wie Sy an ainen yeden ort von alter her geben seind worden. Unnd damit aber die Underthanen auf Jr anlangen hierinnen Milterung empfinden, so soll der Gruemat (die zweite Heuernte), Obs, Huener und der Ruebkraut Zehenden, wo man den vor geben hat, hinfüro zu geben absein."

sein des Zehentherrn und des Zehentholden in Augenschein zu nehmen, ihre beiderseitigen Bemerkungen anzuhören und sofort mit Rücksicht auf die Größe, Güte und Zahl der Grundstücke den Zehent zu bestimmen habe. Der Zehent sollte dann zwischen Weihnachten und Lichtmeß (2. Februar) dem Zehentherrn in seinem Hause getreu und ohne Abgang in gutem sauberen Getreide überreicht werden; auch sollte der Zehentherr einige Tage früher davon in Kenntniß gesetzt werden, wann der Zehentholde den Zehent einbringen werde. Alle diese Bestimmungen fanden jedoch auf den dem Landesherrn und dem Bischofe von Chur geschuldeten Zehent keine Anwendung; in Bezug auf diesen blieben die bisherigen Grundsätze unverändert [18]).

3. In Zukunft sollte nur der Käufer eines grundzinspflichtigen Grundstückes verpflichtet sein, zur Anerkennung der Grundherrlichkeit den Auf- und Abzug (Ehrung, Laudemium) zu entrichten, und zwar Ein Pfund Pfeffer Wiener Gewicht, und auch dieß nur, wenn der Kaufschilling den Betrag von 50 fl. übersteigt; bei kleinern Beträgen sollte kein Laudemium gegeben und genommen werden [19]).

4. Alle s. g. Afterzinse konnten von den Bauleuten abgelöst werden [20]).

5. Die Weisaten (Abgaben verschiedener Nahrungsmittel) konnten,

---

[18]) B. 1, Th. 6, R. 29. „Item die Underthanen im obern unnd undern Yntal, darzue im Vintsgaw mögen von allen iren Stuckhen und Guetern, die von alter Zehend haben, den Sackh Zehenden geben, unnd soll der Richter an ainem yeden derselben ort mitsambt etlichen unverwonten (i. e. unpartheiischen) Erbarn Mannen auf ains oder beder tail anrueffen die Stuckh, Grund und Gueter, darauß der Zehend geet und geben ist, in Beisein des Zehendherrn und und Pawmannsbesichtigen, und Sy in dem Fal gegen ainander hören und darauf nach quete, größ und vile (i. e. Zahl) der Stuckh und Gueter ain benennten Traid Zehenten slagen. Doch sollen die innhaber solcher Stuckh, Grund und Güeter den Zehendherren denselben bestimbten Sackzehenden auß iren Häusern zwischen Weihennechten und Liechtmessen mit gueten saubern Traid on abganng trewlich raichen, und dieselben Zehendherren etlich Tag vor wißen lassen, wann Sy jnen solhen Zehenden überantwurten wöllen. Doch hierinnen Unns als Herrn und Landtsfürsten an unnser Obrigkaiten unvergriffen, auch verrer Unns und des Bischofs von Chur einkomen on schaden."

[19]) B. 1, Th. 6, R. 7. „Item es soll hinfüro allain der Kauffer dem Grundt- und Zinßherrn zu Erkanntnuß der Grundtrecht und Herrlichkait nit mer zu geben schuldig sein für Auff- und abzug, auch Ehrung, dann ain Pfund Pfeffer Wienisch Gewicht, doh soverr der Kauff über fünfftzig Gulden ist. Wo er aber darunter were, soll nichts gevordert noch genomen werden."

[20]) B. 1, Th. 6, R. 12. „Item es mügen auch die Underthanen, Zinß- und Pawleut all neu und alt Affterzinß ablößen."

wo deren Entrichtung in natura dem Baumanne nicht mehr zusagen sollte, ebenfalls in Geld abgelöst werden, und zwar bestimmt die Landesordnung selbst für mehrere der landesüblichen Weisaten den Geldanschlag, um allen dießfälligen Streitigkeiten vorzubeugen. Wo aber nach altem Herkommen noch weniger gegeben wurde, oder wo spezielle Urkunden darüber vorhanden waren, sollte es hiebei ohne irgend eine Aenderung auch fernerhin sein Bewenden haben[21]).

6. Die s. g. Schaltjahrzinse sollen in Zukunft nur einfach, nicht mehr, wie bisher, doppelt bezahlt werden[22]).

7. Ebenso sollten alle s. g. zwiespieligen Zinse, mit Ausnahme der an die landesfürstliche Kammer zu zahlenden, abgeschafft und hinfüro nur einfach zu bezahlen sein[23]).

8. Von jenen Grundstücken, von welchen ohnehin schon die Hälfte oder ein Dritttheil des Weinerträgnisses an den Grund- oder Zinßherrn abgeliefert wurde, sollte keine weitere Giebigkeit an Wein, der s. g. Vorauswein, mehr entrichtet werden, es wären denn spezielle Urkunden dießfalls vorhanden, wo es dann bei deren Inhalt zu verbleiben hatte[24]).

9. Auch mußte der s. g. Probst-Boden- und Saltnerwein, mit Ausnahme des den landesfürstlichen Kammern gebührenden, nicht mehr gegeben werden[25]).

10. Es sollten ferners die aus Anlaß eines Todfalles einigen

---

[21]) B. 1, Th. 6, R. 18. „Item die Weysat, so zu Gelt angeslagen sein, wie hienach begriffen, sollen hinfüro, wo die Zinß- und Pawleut dieselben Weysat auf iren Pawrechten und Guetern nit gehaben mögen, durch Sy mit gelt, wie hernach volgt, bezahlt werden: für ain Kalb zway Phundt Perner sechß Kreutzer, für ain Swain drei Phund Perner, für zehen Ayer ain Kreutzer" u. s. w.

[22]) B. 1, Th. 6, R. 14. „Item verrer bewilligen Wir denen vom Adel, sovil jr Aigenthumb beruert, die Schaltjarzinß hinfüro nit zwifach zu nemen, sonder, wie annder gemain Zinß, ainfach zu betzalen."

[23]) B. 1, Th. 6, R. 15. „Es sollen auch hinfüran alle Zwispielig Zinß, sovil die nit Unnser Camerguet berueren, zugeben absein und wie annder gemain Zinß ainfach betzalt und getzinnßt werden."

[24]) B. 1, Th. 6, R. 22. „Es soll auch von kainem Stuckh, das halben wein, oder die drit yrn gibt, kain vorauß mer gegeben werden, es hab dann der Grundtherr sunderlich briflich urkunden oder annders zu zaigen, auß was Ursach jm solcher Voraus gegeben wirdet, so soll es dabey beleiben."

[25]) B. 1, Th. 6, R. 24. „Item es sollen auch die Pawleut hinfüro kain Pröbst- noch Poden Yhrn, auch kain Saltnereywein mer geben; doch soll hierinnen Unnser einkommen und Camerguet vorbehalten sein."

Klöstern zu entrichtenden Giebigkeiten an Vieh, das s. g. Sterbevieh, durchaus abgeschafft sein[26]).

11. In Bezug auf die Entrichtung der verschiedenen Giebigkeiten, Zinse u. s. w. wurde verfügt, daß zwar die bereits fällig gewordenen Zinsen zu gehöriger Zeit bezahlt, die Bauleute jedoch dießfalls nicht gedrängt werden sollen[27]). Auch sollen dieselben an dem bisher üblichen Orte abgeführt[28]), den Bauleuten bei diesem Anlasse eine Wegzehrung gegeben, und falls der Bauer am selben Tage nicht wieder nach Hause kommen könnte und daher über Nacht ausbleiben müßte, ihm und dem Vieh Unterstand und Unterhalt gewährt werden[29]).

e) Nachlaß bei den noch fortbestehenden Grundzinsen und Giebigkeiten.

α. Es wurde in dieser Frage im Interesse des gesammten deutschtirolischen Bauernstandes der wichtige Grundsatz ausgesprochen, daß alle mit Grundzinsen überbürdeten Güter, welche ohne Schuld des Baumannes so herabgekommen sind, daß sie die Grundzinse nicht mehr ertragen konnten, von einer gerichtlichen Commission untersucht, und nach deren Befund in ihrer Abgabenlast erleichtert werden sollten. Es konnte demnach jeder Bauersmann verlangen, daß der Richter mit einigen unparteiischen Männern sein Gut oder einzelne Theile desselben untersuche und dann entscheide, ob und wie viel der Grund- und Zinsherr entweder auf immer oder auf bestimmte Zeit nachzulassen habe.

Gegen dieses Erkenntniß stand der sich dadurch beschwert fühlenden Partei, Grundherr oder Baumann, die Berufung an den Landes-

---

[26]) B. 1, Th. 3, R. 7. „Es sollen hinfüro alle Petfacken und Sterbvih oder Rynder, so man nach der Unnderthanen und Pawleut abgang etlichen Klöstern in disem Unnsern Lannde gegeben, gennßlich ab sein und soll damit nyemandt ferner beswert werden."

[27]) B. 1, Th. 6, R. 19. „Sollen sich die von Adel (welche Paw- und Zinßleut haben) Unns zu unnderthenigen gefallen zu zimlicher Zeit betzalen lassen."

[28]) B. 1, Th. 6, R. 31. „Es sollen auch die Zinß an Ennd und Ort, wie mit alter Herkommen, durch die Zinnß- und Pawleut, gefuert und geantwurt werden."

[29]) B. 1, Th. 6, R. 32. „Wann die Zinß- und Pawleut jren Herren die Zinnß bringen oder fueren, soll der Herr ain zimlichen Trunkh, Käß und Prot geben. Begäb sich aber, daß der Pawmann mit seinem Vih oder er allain über nacht außbleiben müßte, und denselben Abenndt nit wieder anhaim komen möchte, soll jm vnd dem Vih auch jr zimlich unnderhaltung von dem Zinß- und Grundherren volgen."

herrn und in dessen Abwesenheit an die Landesregierung zu Innsbruck offen [30]).

β. Auch außer dem sub α. angeführten Falle sollte ein Zinsnachlaß gewährt werden, wenn das Gut durch Feuer- oder Wassergefahr, Bergsturz, Erdabsitzung ohne Schuld des Baumannes Schaden gelitten hätte. In diesem Falle mußte der Richter des Bezirkes, in dem das Gut gelegen, mit Vorwissen des Grund- und Zinsherrn, drei unparteiische Männer beiziehen, welche nach vorgenommenen Augenschein den Schaden abzuschätzen und bei ihrer Treue an Eidesstatt zu bestimmen haben, welchen Nachlaß am Zinse der Grund- und Zinsherr auf eine bestimmte Zeit oder auf immer dem Baumanne zu gewähren habe. Bei diesem Ausspruche sollte es dann zu verbleiben haben [31]).

γ. Insbesondere war in Betreff der Wein- und Getreidezinse festgesetzt, daß in schlechten Jahren die Grundherren den Bauleuten an jeder Yhrn Wein 12 kr., an jedem Staar Roggen, Hirse und dergleichen 4 kr., an jedem Staar Erbsen, Bohnen und andern Schmalsaat 6 kr. nachzulassen haben; jedoch sollen auch hier die in besonderen Urkunden begründeten speziellen Rechte beider Parteien vorbehalten bleiben [32]).

---

[30]) B. 1, Th. 6, R. 1. „Item welche Gueter, Stuckh und Pawrecht überzinnßt sein, also daß sy den Grundt- und Herrenzinnß nit ertragen mögen, unnd außer des Pawmannes geverlich verwarlosung seinen Guetern so ain ansehenlicher Schaden zuegefuegt worden were, daß sy den Grundt- und Herrenzinnß nit ertragen möchten: So soll es bey des Richters der ennde und etlichen unverwonnter Erbaren Mann erkantnuß steen, was der Grundt- und Zinnßherr dem Pawman zu Jarn oder auf Ewig am Zinnß nachlassen soll. Doch hierinnen dem Grundtherrn und Pawman, welcher diser erkantnuß beswärt zu sein vermaint, die Appellation für Unns, wo Wir persenlich in disem Unnsern Lannd sein, oder in Unnserem abwesen für Unnsere Lanndtregierung vorbehalten."

[31]) B. 1, Th. 6, R. 2. „Also daß Grundt und Poden hingeen, oder ain Guet verprünne on des Pawmans geverlich verwarlosung, so soll der Richter in dem Gericht, da das Guet gelegen ist, drey Erbar unparteysch Mann mit deß Grundt- und Zinßherren wissen zu ime nemen; die sollen den Schaden besichten und beschätzen, unnd wie Sy das bey jren Trewen an Aidsstat erkenen, was Nachlaß dem Pawman von dem Grundt- und Zinßherren an dem Zinnß beschehen soll, es sey zu Jaren oder auf Ewig, dabey soll es beleyben."

[32]) B. 1, Th. 6, R. 16. „Welches Jars dem Pawman der Wein- oder Traidzinnß auf seinen Pawrechten, darauß der Zinnß geet, nit geryet oder in annder wege verdurb, alsdann soll dem Pawman gegen seinem Grundtherren an ainer yeden Yhrn Wein zwelf Kreutzer, an ainem yeden Stär Roggen, Hyrsch vier Kreutzer, an ainem yedem Stär Erbais, Bonen und dergleichen Smalsat sechs Kreutzer abgeen. Wo aber deß annder

δ. Wenn jedoch das zinspflichtige Gut ein günstiges Erträgniß geliefert, und der Baumann dem Herrn den Zins auf trügerische Weise vorenthält, oder wenn er das Gut so schlecht bewirthschaftet, daß es keine oder nur wenige Früchte abwerfen konnte, so verliert er nach altem Herkommen zur Strafe sein Baurecht[33]).

f) Bestimmungen über die Vornahme der Weinlese bei grundrechtbaren Gütern.

1. Der Baumann war verpflichtet, dem Grundherrn oder seinem im Lande anwesenden Amtmanne den Zeitpunkt der Weinlese zu rechter Zeit bekannt zu geben[34]).

2. Der Grundherr war berechtiget, hierbei zur Wahrung seiner Rechte entweder in Person, oder durch einen Vertreter gegenwärtig zu sein; jedoch war der Baumann nur den s. g. Weinprobst und den Nachtreiber auf seine Kosten geziemend zu unterhalten verpflichtet, nicht aber noch mehrere Personen, er wäre denn durch besondere Urkunden hiezu verpflichtet, wobei es dann zu verbleiben hatte[35]).

3. Wenn nun auf rechtzeitige Bekanntgebung des Beginnes der Weinlese weder der Grundherr, noch ein Vertreter desselben hiebei erschien, und die Vornahme der Weinlese durch die Nothwendigkeit geboten war, so mußte der Baumann dieß der Obrigkeit des Ortes, in

---

Freyhait und brieflich urkunden oder im prauch hett, dem soll es hierinnen bevorsteen."

[33]) B. 1, Th. 6, R. 17. „Wo aber dem Pawman der Zinnß gewachsen were und Er den dem Herren trugentlich oder geferlich verhielt und saget, er wär im nit gewachsen; dergleichen wo der Pawman die Gueter und Pawrecht dermassen abödet, daß sy den Zinnß nit mer ertragen möchten, so soll der Pawman dadurch innhalt der alten Landtsfreyhaiten von seinen Rechten geschiden sein."

[34]) B. 1, Th. 6, R. 21. „Ordnen und setzen Wir, daß nun hinfüro ain yeder Pawman schuldig sein soll, wann er wymmen will, daßhelb Wymmat seinem Grundt- und Zinnßherren, oder deßelben Ambtman, wo er den in disem Unnsern Landt hat, zu gueter Zeit zu verkünden, damit der Herr zu derselben Wymmat komen müge."

[35]) B. 1, Th. 6, R. 23. „Dieweil deßhalben vil beswerungen fürkomen sein, daß ain Bröbst selb drit oder vierdt kumbt und auf des Pawmans Costen ligen will; Ist Unnser Will und Mainung, daß hinfüro die Pawleut, wo man mer Personen, dann ain Bröbst halten soll, nit mer schuldig sein sollen, dann ain Pröbst unnd noch ain Person, die man haißt ain Nachtreiber, in seinen des Pawmans zimlichen Costen zu halten: Außgenomen der Grundtherr hab dann Innhalt brieflicher urkunndt ain besondere Freyhait oder alte Recht, das der Pawman mer Personen zu halten schuldig ist, und darumben er ains oder mer sundere Stuck Gueter oder annder einkomen hat, so soll es in dem fal bey deßelben Herren Freyhait und Rechten bleiben."

welchem die zinspflichtigen Weingüter lagen, bekannt geben und nach dem Rath sofort winnen (d. i. die Weinlese vornehmen), wozu die benannte Obrigkeit zur Wahrung der Rechte des abwesenden Grundherrn einen Vertreter desselben abzusenden hatte. Mit dem Ergebnisse der auf solche Weise vorgenommenen Weinlese mußte sich der Grundherr begnügen und durfte nicht Mehreres oder Besseres mehr verlangen[36]).

4. Was die Vornahme der Weinlese selbst betrifft, so war bestimmt, daß die Rebe an der Mauer und die nächstfolgende Reihe dem Baumanne gehören sollte, wenn dieß bis dahin der Fall war; wo dieß aber nicht üblich war, sollte es auch nicht zu Ungunsten des Grundherrn eingeführt werden[37]).

5. Bei der Theilung des Weines und dem Abkaufen der Rebstöcke sollte der Herr den Baumann billig halten und ihn für die Benützung der etwa entlehnten Geschirre und Geräthschaften gebührend entschädigen[38]).

6. Von den Kosten der Weinlese mußte der Grundherr die Hälfte oder ein Drittheil tragen, je nachdem ihm die Hälfte oder ein Drittheil des Weinerträgnisses gebührte, es wäre denn, daß der Grundherr von Altersher hievon frei war, oder der Baumann als Entschädigung für diese Kosten ein eigenes Grundstück besaß, wo er dann dieselben allein bestreiten mußte[39]).

[36]) B. 1, Th. 6, R. 21. „Kumbt aber der Herr oder yemandt von seinen wegen nach solchem zu wißen thun nit, und die notdurfft erfordert die Wymmat zu thun, so soll der Pauman solches der Herrschaft oder Gerichtsobrigkait an denselben Ennden, da die Zinsgueter ligen, ansagen, und alsdann nach derselben Herrschafft oder Gerichtsobrigkait Rat wymmen; dagegen soll der Grundherr den außgefeilten Most zu nemen schuldig sein und den Pawmann nit drängen, noch der Pawman schuldig sein, jme dem Grundt- und Zinnßherrn ain anndern gueten Most dafür zu geben."

[37]) B. 1, Th. 6, R. 27. „Wo dem Pawman die Reben auf den Mauren und die nechst Zeil darob, als jr vorauß, von alter zuegestanden sein und das durch Sy, wie sich gepürt, beweislichen gemacht ist, so sollen jnen die noch on Irrung zusteen und erfolgen: Wo aber das an etlichen orten nit gewesen ist, so soll es jnen hiemit nit zuegelassen sein."

[38]) B. 1, Th. 6, R. 25. „Solten die Grundtherren die Pawleut im abtailen deß Weinns und im Ablawffen der Stükh zimlich und gnedig halten, damit die Pawleut deß und für jr Torgklgeschirr, wo Sy das herlichen, ain ergetzlichkait haben."

[39]) B. 1, Th. 6, R. 33. „Wo ain Grundherr halben Wein hat, so solle Er halben Costen, Wymmer, Moster, Trager und Saltnerlon außrichten, dergleichen sein Bräbst unnd Nachtreiber jres Lons selbs bezaln. Wo aber ain Grundtherr allain die drit yrn hat, so ist Er nit mer, dann den dritten tail obgemeldts Costen schuldig zu erlegen, doch in solchem allem außgenommen, ob der Grundtherr von alter dafür gefreyt were, oder das der Pawman ain sunders Stuckh darumben innhett, so soll es dabey beleyben."

g) Streitgenossenschaft des Grundherrn und Grundholden.

In allen die grundzinspflichtigen Grundstücke und Baurechte betreffenden Rechtsachen und Streitigkeiten wurden die Grundherren verpflichtet, den Bauleuten beizustehen, d. i. dem Streite als Genossen beizutreten, ihnen eventuell die Vertretung zu leisten, und alle dießfalls erlaufenden Kosten allein und ausschließlich zu tragen [40]).

h) Jagd-, Fischerei-, Wald- und Weiderecht.

Auch in dieser Beziehung wurde der Bauernstand in auffallender Weise begünstiget, und wurden dießfalls folgende Bestimmungen erlassen:

1. Die Jagd wurde allen angesessenen und steuerzahlenden Bewohnern von Stadt und Land, dann den Bergwerksverwandten unter zwei Beschränkungen gestattet:

Erstens: das Jagdrecht bezog sich auf alle Thiere mit Ausnahme des Roth- und Schwarzwildes, des Fasans und Federspiels; zweitens: was an Wildpret oder Vögel erlegt und gefangen wurde, mußte dem Grundherrn, auf dessen Gebiet es geschah, zum Verkaufe um den ortsüblichen Preis angeboten werden. Im Uebrigen blieben den Besitzern eigener Jagden oder Fischereien ihre Wildbahnrechte vorbehalten, ebenso den Städten und Gerichten ihre allfälligen auf altem Herkommen gegründeten ausgedehnteren Jagdrechte [41]).

---

[40]) Bd. 1, Th. 6, R. 34. „Es sollen auch die Grundherren jren Pawleuten in den Fällen, jre Grundtrecht unnd der Pawleut Pawrecht beruernde, zu beschirmung der Grundt- unnd Pawrecht beystanndt thuen, in jrem, und nicht in der Pawleut Costen."

[41]) B. 1, Th. 7, R. 16. „Es mügen die Unnderthanen in Stetten unnd Gerichten so angesessen, Stewrn, Raisen und in Unnsern und des Landts obligen mitleiden tragen, auch die, so dem Pergkhwerch verwonnt sein, sich des Jagen und Voglen außerhalb des Rot- unnd Schwartz-Wilds, des Vasan und Federspils gebrauchen, von denen von Adel unverhindert; doch was Sy also von Wildpret oder Vogel sahen und daßselbig verkauffen wöllen, sollen Sy das allweg dem Edelmann, in welches Gebieth unnd Obrigkait Sy das gefangen, zuetragen, und, wo der Edelman das begert, jm für annder im dem gelt, wie es denn derselbe Ennde verkaufft wirdet, zu kauffen geben. Und disc Bewilligung soll in allweg Unns als Regirenden Herren unnd Landtsfürsten an Unnser fürstlichen Obrigkeit unvergriffen; auch sunst allen denen, so aigen Gericht Obrigkaiten, Gejaid und Vischwaid haben auffer diser obgemelten Bewilligung im annder weg an Iren Wildpännen unverletzlich. Darzue den Stetten und Gerichten, so von alter zu jagen und voglen gerechtigkait haben, an jren Freyhaiten, Gebrauchen und Rechten on schaden sein."

2. Auch das Schwarz- und Rothwild, Fasan und Federspiel durften im Falle der Noth zur Verhütung von Schaden, und über erfolgte dießfällige Anzeige und Bitte der Unterthanen gejagt, gepirscht und gefällt werden, soweit es eben die Nothwendigkeit erheischte. Außer diesem Falle war das Jagen von Roth- und Schwarzwild, Fasan und Federspiel, wenn der Betretene vermöglich war, bei der ersten Betretung mit einer Geldstrafe von 10 Pfund Berner, bei der zweiten Betretung mit dem doppelten Pönfalle zu bestrafen; einen Unvermöglichen traf das erste Mal Gefängniß von zwei Monaten mit „geringer Speis ohne Wein", das zweite Mal die Landesverweisung [42]).

3. Um den allseitig laut gewordenen und nur allzu begründeten Beschwerden der Unterthanen über den ihnen durch das Ueberlaufen und Verfolgen des Wildes aus den herrschaftlichen Wäldern auf ihre Felder zugefügten höchst bedeutenden Schaden abzuhelfen, wurde den Unterthanen gestattet, ihre Felder vor dem Wilde durch nothdürftige Zäune zu sichern, jedoch „unverhindert Unnsere Forstknechte" [43]).

4. Aus demselben Grunde wurde den Unterthanen auch gestattet, Hunde zu halten, das ihre Gärten, Weingärten, Wiesen und Aecker betretende Wild auch mit Steinen oder Stöcken daraus zu vertreiben, in keinem Falle aber zu erlegen. Wurde in solchem Falle das Wild etwa durch Hunde erlegt, so sollte dieß der Obrigkeit angezeigt und nicht als Wildfrevel behandelt werden; ebenso sollen allfällige Beschädigungen der Rebenstöcke der Obrigkeit zur Einleitung des Schadenersatzes angezeigt werden [44]).

---

[42]) B. 1, Th. 7, R. 11. „Es soll durch nyemanndt das Rot- noch Swartzwild bejagt, pürst, oder gefellt; wo aber solches durch yemanndt übertretten, der oder dieselben solten durch die Gerichtsobrigkaiten, darunder sölch übertretten beschicht, erstlich umb zehen markh perner, zum anndern Mal umb zwifachen Peenfal gestraft, und die unvermöglichen erstlich zween Monat lang im Fengknuß mit ringer Speis on Wein gehalten; und zum anndern Mal auß dem Landt gepotten werden. Doch wöllen wir den Unnderthanen zu gnaden das Rot und Swartzwild, an welchen Orten es die notdurfft ervordert und durch die Unnderthanen gepeten und antzaigt wirdet, zu verhuetung des gemainen manns verderben notdurftigklich zu Jagen verordnen."

[43]) B. 1, Th. 7, R. 12. „Es mügen auch die Underthanen jre Welder vor dem Wildprät mit notdurftigen Zeünen bewaren unverhindert unnserer Forstknecht."

[44]) B. 1, Th. 7, R. 13. „Es sollen auch den Unnderthanen in den Gerichten Hundt zu halten und das Wildprät, wo Sy daßelb in jren Weingärten, Äckern, Gärten, Wyßmädern und Weldern betretten, darauß zu jagen, auch mit Stainen oder Stocken darauß zu treiben vergünnt werden; doch daß Sy das nit geverlich Fellen, unnd ob ain Wildprät ungeverlich außer yemands nachfolgen durch die Hundt nidergelegt wurde, das soll derselben Obrigkait angetzaigt und dnmit nyemandt gefräfelt haben."

5. Das Pirschen, Jagen und Erlegen der Raubthiere, als: Bären, Wölfe, Luchse, wurde Jedermann freigegeben[45]).

6. Allen in Städten und Gerichten angesessenen steuerzahlenden Unterthanen und den Bergwerksverwandten wurde auch das Recht der Fischerei auf Seen und großen fließenden Wässern, jedoch nur mit Einschränkung auf den Hausbedarf, gestattet und durfte nur mit Angeln oder Ruthen aus freier Hand gefischt werden[46]).

7. In Betreff der Fischerei in Bächen bestand damals, wie in so vielen anderen Dingen, ebenfalls ein Streit zwischen dem Adel einerseits, den Städten und Gerichten andererseits, zu dessen Beendigung eine Entscheidung des Landesherrn erbeten wurde; diese erfloß nun dahin, daß das freie Fischereirecht der Unterthanen auf die Bäche nicht ausgedehnt werden könne, weil die Bäche in Tirol eng und klein seien, und, wenn Jedermann in denselben fischen dürfte, in einem halben Jahre oder noch früher ausgefischt und verödet wären. Durch specielle Titel erworbene Fischereirechte sollten jedoch durch diese Entscheidung nicht berührt werden[47]).

8. Behufs der Versorgung des Inn- und Wippthales mit Zimmer-, Brenn-, Zaun- und Schindelholz für das Hauswesen wurde verfügt, daß es bei der bisherigen Waldordnung und Versorgungs-Methode zu verbleiben habe[48]).

9. Laut waren die Klagen über die Plünderung der Wälder, die Verschwendung des Holzes und den dadurch im Lande entstandenen Holzmangel. Um diesem Uebelstande abzuhelfen, wurde der Verkauf in's

---

[45]) B. 1, Th. 7, R. 14. „Dann von wegen der schedlichen Tier, als Beren, Wölff und Luchs, die sollen den gemainen Man zu bewarung jres Vihs zu pirschen und zu fahen erlaubt sein."

[46]) B. 1, Th. 7, R. 17. „Es mügen auch die Underthanen in Stetten und Gerichten, so angesetzen, Stewren und Mitleiden tragen, auch die, so dem Perckhwerch verwannt sein, die Wildsee, dergleichen alle große fließende Wasser allain mit dem Anngel oder den Rüeten und sunst mit kainem anndern Zeug vischen, doch nit anderß dann zu jres Haußnotdurfft."

[47]) B. 1, Th. 7, R. 18. „Die Päch zu vischen, dieweil deßhalben zwischen denen von Adel, Stetten und Gerichten ain Span gewesen ist, und durch die yetgemelten drey Ständt zu erleüteren haimgestellt, haben Wir angesehen: daß die Päch in disem Lannde enng und klein seind, und, wo die durch yedermann gefischt werden sollen, daß dieselben Päch in ainem halben Jar unnden, gar erödet und außgefischt wurden. Darumben wir die Päch zu fischen nit bewilligen; welche aber deß sunder Freyhaiten zu fischen hetten, den soll es hierinn unvergriffen sein."

[48]) B. 1, Th. 7, R. 9. „Damit die Stett und Gericht im Intal und Wiptal mit Zymmer, Prenn, Zeun und Schindelholz zu underhaltung jres haußhäblichen Wesens versehen, soll es im Intal bey den gegebnen Waldordnung beleiben und gehalten werden."

Ausland und die Ausfuhr der meisten Holzarten verboten, und mit der Confiscation des verhandelten und auszuführenden Holzes bestraft[49]). Eben so wurde, um der Holzverschwendung vorzubeugen, verboten, Flöße mit doppelten oder dreifachen Boden zu machen, es sollten die Kaufmannsgüter nur auf einfachen Flößen verführt werden[50]).

10. Wer Weiden veräußern oder verpachten wollte, mußte dieselben zuvörderst an Inländer um denselben Preis hingeben, den er von Ausländern zu gewärtigen hätte; wollten sie ihm denselben nicht bezahlen, so konnte er sie überlassen, wem er wollte[51]).

11. Wenn Herren vom Adel die gemeine Weide von Stadt- oder Landgemeinden mitbenützen wollen, so mußten sie auch die betreffenden Kosten, als für den Unterhalt der Hirten u. s. w., mittragen[52]).

12. Eben so mußten alle fremden Fuhrleute, welche die gemeine Weide der von ihnen passirten Ortschaften benützen wollten, hiefür ein Entgelt entrichten[53]).

---

[49]) B. 1, Th. 7, R. 7. „Als die Walhen (i. e. Wälschen) in disem Unnserm Lannde allenthalben mercklich die Wäld swennden und vil Lärcheinholtz mitsambt dem pircheinholtz auß dem Landt fueren, dadurch an Zymmerholtz zu den Gepewen, auch an Stocken zu den Weingürten mercklich Abgang erscheint; demnach setzen und ordnen Wir, daß hinfüro nyemannbt gestatt soll wurden noch das Pirchein holtz zu verhacken, auch weder lärchein, pirchein oder lynndein Holtz auß dem Lanndt zu fueren und zu verkauffen bey verlierung derselben Hab, so on nachlaßung genomen werden soll."

[50]) B. 1, Th. 7, R. 8. „Nachdem etlich Flößen und Kaufleut zwyfach und tryfach Flöß mit guetem Zimmerholtz machen, und die auß dem Lanndt fueren, dadurch die Wälder mercklich abgeödet werden, sollen hinfürone die zwyfachen und tryfachen Flöß auf kainer Reyff bei Verlierung des Holtz zu machen oder zu verfüren gestatt sein, sunder es mögen die Kauffmannsgueter auf ainfachen Flößen, wie von alter, doch von kainem lärchein holtz gemacht, auß dem Lanndt gefuert werden."

[51]) B. 1, Th. 7, R. 5. „Ain yeder, der Wayden zu verleihen hat, soll dieselb Wayd den Lanndtleuten von frembden umb den Zinnß, den er ungeverlich von den Außlendern haben mag, verlassen. Wenn aber die Landtleut nit so vil davon thuen oder geben wöllten, so mag Ainer sein Wayd leihen und verlassen, wer ihm darzue gevellig ist."

[52]) B. 1, Th. 7, R. 1. „Welche von Adel in Stetten und Gerichten Wunn und Wayd gebrauchen, die sollen mit underhaltung der Hirtschaft mit den Stetten ten und Gerichten gepürlich mitleiden tragen und haben."

[53]) B. 1, Th. 7, R. 2. „Es sollen auch alle frembde Fuerleut, die sich in Stetten und Gerichten niderlaßen und mit Stewern und Anndern der Ennde nit mitleiden tragen wöllen, der gemainen Wunn und Wayd hinfüro nicht genießen."

III.

B. Vormundschaft und deren Bestellung.

Die Bestimmungen der Landesordnung über das Vormundschaftswesen sind sehr dürftig, weil eben zunächst kein Bedürfniß einer schriftlichen Regelung der darauf bezüglichen, auf dem altdeutschen Gewohnheitsrechte beruhenden Rechtsverhältnisse vorhanden war. Sie beschränken sich auf folgende Punkte:

1. Zunächst war es Sache der Eltern, und zwar speciell des Vaters, ihren minderjährigen Kindern einen Vormund, damals in Tirol „Gerhab" genannt, zu bestellen; war dieß nicht geschehen, so mußte von der Obrigkeit ein tauglicher Vormund bestellt werden. Die Vormünder sollten das Vermögen ihrer Mündel treu bewahren, nach ihrem besten Wissen und Gewissen verwalten, insbesondere keine unnothwendigen Ausgaben machen, und die Einkünfte zum Nutzen der Kinder, nicht zum eigenen verwenden, dann, so oft es von der Obrigkeit oder den Verwandten der Mündel begehrt wird, Rechenschaft ablegen [54]).

2. Alle mit Minderjährigen ohne Wissen und Willen der Vormünder mündlich oder schriftlich geschlossenen Darlehensverträge sollten keinerlei Rechtskraft haben, und daraus weder für die Minderjährigen, noch für deren Vormünder eine Zahlungsverbindlichkeit erwachsen [55]).

IV.

C. Erbrecht.

Eben so spärlich, wie über das Vormundschaftswesen, sind die Bestimmungen über das Erbrecht. Das Wenige, was die Landesord-

[54]) B. 1, Th. 3, R. 5. „Wo den verwaißten Kinden in jrer Vätter und Eltern leben nit Gerhaben geordennt, so sollen dieselben Kind mit den negsten taugenlichen gesippten unverdächtlichen Freünden versehen und jnen die zu Gerhaben bestät werden. Dieselben Gerhaben sollen der Kinder Leib, Hab und Güeter in getrewer Bewarung nach jrem höchsten verstanndt halten, und davon, so oft not ist, und durch ain Obrigkait oder Freündschafft begert wird, aufrichtige Raitung thun (Rechnung legen) und die Kind mit unordenlicher außgab nit beswren, auch jr Einkomen nicht an jren, sunder an der Kinder nutz wennden."

[55]) B. 1, Th. 3, R. 6. „Es soll auch nyemanndt den Pflegkindern in Zeit jrer Gerhaben oder Fürmünnder Verwaltung weder auf mundtlich zuesagen, noch auf schriftlich Obligation oder Urkunden außer den Gerhaben wißen, willen und vergünnstigung nicht fürleihen noch fürgeben. Wo aber daßelb beschehe, so soll doch solhes wider diſe unnser Satzung kain krafft haben, auch die Kind noch Gerhaben zu bezalen nit schuldig sein."

nung in diesem Betreffe enthält, läßt sich in folgende Punkte zusammenfassen:

1. Es war ein uraltes Gewohnheitsrecht in Tirol, daß die Nutznießung des ganzen Nachlasses dem Eigenthume eines Drittheiles desselben gleichkomme. In dieser Beziehung stand nun dem Berechtigten die Wahl zu, welche er binnen eines Vierteljahres nach Ablauf des Dreißigsten (d. i. des dreißigsten Tages vom Todestage des Erblassers an gerechnet) treffen mußte. Hatte er sich für den lebenslänglichen Nutzgenuß des ganzen Nachlasses entschieden, so mußte zur Sicherstellung des seinerzeitigen Widerfalls an die betreffenden Erben der ganze Nachlaß inventarisirt, und vom Nutznießer wegen der richtigen Zurückstellung eine hinreichende Kaution geleistet werden. Auch war derselbe verbunden, die hinterlassenen Kinder des Erblassers bis zum vollendeten fünfzehnten Lebensjahre aus den Einkünften des von ihm genossenen Vermögens mit Rücksicht auf die Größe desselben und den Stand der Kinder zu erziehen und zu erhalten [56]).

2. Die Eröffnung der letzten Willenserklärung sollte am dreißigsten Tage nach dem Tode des Erblassers durch die Obrigkeit vorgenommen, und hiezu alle diejenigen, denen ein Erbtheil oder Vermächtniß zugedacht war, so zeitlich verständiget werden, daß sie selbst in Person oder durch einen Vertreter hiebei erscheinen konnten [57]).

3. Wenn bei einem Todesfalle keine Erben vorhanden waren, die sich als solche ausweisen konnten, so mußte der gesammte Nachlaß durch die zuständige Obrigkeit inventarisirt, und Ein Jahr und Einen

---

[56]) B. 1, Th. 3, R. 2. „Soll die Wal, das verlaßen guet sein leben lanng inne zu haben und zu besitzen, oder den dritten tail erblich zu nemen, in ainem Viertail Jar negst nach dem dreissigisten beschehen. Und sover also die Wal umb alles Guet auf leben lanng genommen, so soll alsdann dieselb Hab und Guet genntzlich und gar inventiert und umb den widerval nach Lanndtsrecht genuegsam Bürgschaft und versicherung gethan werden, damit solh Hab und Guet nach der person, so die innhat, tod und abganng auf des verstorben Erben gevalle. Es soll auch derselb innhaber die verlaßen Kind von solchen Hab und Guet, bis jr yetlichs fünffzehen Jar völliglich erraicht hat, nach gelegenhait und ansehung der Hab und Guet und nach der innhabenden person vermögen erziehen und unterhalten."

[57]) B. 1, Th. 3, R. 1. „Deßhalben ordnen und setzen Wir, daß hinfüro ain yede Person, der ycht oder etwas testiert ist, oder ein Vermächt hat, die soll daßelbig Vermächt oder Testament auf den dreyßigisten der abgestorbenen person, die solh Testament oder Vermächt gethan, vor der Obrigkait desselben abgestorbenen Freünden eröffnen. Doch soll im solche zuvor durch die Obrigkait oder Freündtschaft so zeitlich verkündt, damit derselb aigner Person oder durch yemandt anndern auf den Dreyßigisten erscheinen, und die Eröffnung und Anzaigung des Testaments oder Vermächts thun möge."

Tag unversehrt aufbewahrt werden. Meldeten sich binnen dieser Frist Erben, die ihre Ansprüche gehörig beweisen konnten, so sollte ihnen der Nachlaß eingeantwortet und ohne richterliches Erkenntniß nicht mehr entzogen werden. Wenn sich aber nach Ablauf der oberwähnten Frist entweder gar keine oder doch keine im Inlande (Tirol) wohnende Erben gemeldet hatten, so mußte der Nachlaß noch durch Ein Jahr und Einen Tag aufbewahrt bleiben, und dann dreimal im Zwischenraume von je vierzehn Tagen ein Gerichtstag zur Anmeldung allfälliger Erben und aller jener Personen, die aus irgend einem Titel Ansprüche an den Nachlaß zu haben glaubten, anberaumt werden. Mit den sich als Erben oder Gläubiger anmeldenden Personen mußte sofort unter Beizug des Verlassenschafts-Curators, „Versprecher" genannt, eine gerichtliche Liquidirungsverhandlung gepflogen, auf Grund deren die bezüglichen gerichtlichen Erkenntnisse zu erlassen waren, gegen welche der gewöhnliche bei Darstellung des Civilprocesses zu besprechende Appellationszug stattfinden konnte [58]).

4. Ein Nachlaß, zu dem sich kein Erbe gemeldet oder gehörig ausgewiesen hatte, fiel nach Bezahlung der Gerichtskosten und Befriedigung der ihre Ansprüche gehörig nachweisenden Gläubiger der landesfürstlichen Kammer zu. Waren aber Kinder des Verstorbenen vorhanden, die sich etwa im Auslande aufhielten, oder die erst später zum Vorschein kamen, so wurde ihnen der reine väterliche Nachlaß entweder gleich überlassen, oder nach Umständen von der landesfürstlichen Kammer zurückgestellt [59]).

---

[58]) B. 1, Th. 3, R. 3. „So ain Todtfall beschicht und nicht beweyßte Erben vor augen erscheinen, so soll die Hab und Guet durch die Obrigkait an den ennden, da sich der Erbfal begibt, inventiert und Jar und tag unverruckht behalten, und wo in der Zeit unwidersprechlich oder beweißt Erben erscheinen, die sollen eingesetzt und on Rechtlich erkanntnuß darauß nit entsetzt werden. Sofer aber in der Zeit kaine Erben erscheinen oder bei Lanndt weren, so soll dannacht die verlassen Hab und Güeter durch die Oberkait, wie vorsteet, inventiert, Jar und Tag unverändert beleiben. Und nach verscheynung sölcher Zeit soll zu dreyen vierzehen Tagen ain offner Gerichtstag angesetzt, und alsdann Erben, Geltern und menigklichen, so Sprüch dartzue haben, oder zu haben vermainen, mitsambt dem Versprecher solcher Hab und Guet, der von Obrigkait wegen gesetzt werden soll, auf jr aller Fürbringen ergeen und beschehen laßen was Recht ist, doch dem Tail, der sich der Urtail und Rechtspruchs beswert zu sein vermaint, die gepürlich Appellation gen Hof an Meran und von dannen in Unser Cammer gen Innßprugg vorbehalten."

[59]) B. 1, Th. 3, R. 4. „Und wo an soliche Hab und Guet über Abrichtung der Gerichtskosten und nach Bezahlung der Gläubiger und Schuldner ainich Übertheür vorhanden were, dieselb Übertheür soll des abgestorbenen Kinder, wo die im leben vorhanden, als den beweißten Erben, denen wir es zu gnaden hiemit bewilligen, hiemit zuesteen und erfolgen."

Zweiter Abschnitt.

Gerichtsverfassung und Civilproceß.

Die Bestimmungen über Gerichtsverfassung und Civilproceß sind im ersten und zweiten Theile des I. Buches der Landesordnung zwar zusammenhängend, aber nicht systematisch erörtert. Im Allgemeinen sind hiebei die Grundsätze des altdeutschen Gerichtsverfahrens, Urtheilsfindung durch geschworene Männer aus dem Volke, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, die vorherrschenden.

I. Gerichtsverfassung.

Um den häufig vorgekommenen Beschwerden der Unterthanen über mangelhafte Rechtspflege, Verweigerung derselben u. dergl. abzuhelfen, wurde verordnet, daß alle Jurisdictionsbezirke des Landes, seien es nun städtische oder patrimoniale, Pfandherrschaften, freieigene oder Lehenherrschaften, mit Pflegern, Richtern und Amtsleuten ordentlich besetzt und versehen werden sollen[60]). Alle gegen dieselben aus was immer für einem Grunde erhobenen Beschwerden sollten, wenn der Landesfürst im Lande anwesend war, bei diesem selbst, sonst aber bei der tirolischen Landesregierung angebracht, die Beschwerdeführer selbst hierüber vernommen, und die Beschwerden auf das gewissenhafteste geprüft und erlediget werden[61]).

Auch sollten, um jede Verzögerung in der Rechtspflege hintanzuhalten, so oft es nothwendig war, Gerichtstage in den Städten und auf dem Lande gehalten[62]), jedoch hiebei auf die kirchlichen Festtage und die Feldarbeiten gehörige Rücksicht genommen werden[63]).

---

[60]) B. 1, Th. 1, R. 1. „Wir ordnen und setzen, daß hinfüro alle Slößer und Gerichtliche Oberkaiten in diser unnser fürstlichen Grafschaft Tirol, Sy seyen Pfandt, Aigen oder Leben, ordenlich mit Pfleger, Richter und Ambtleüten besetzt und fürsehen werden."

[61]) B. 1, Th. 1, R. 2. „Item, ob auch unsern Unnderthanen durch die Pfleger, Richter oder Amtleüt vorher ychts beswerlichs begegnet worden were oder künfftigklich zuegefügt wurde, der oder dieselben mügen solches an Unns, so Wir in disem Unnserm Lannde seyn, oder in Unnserm abwesen an Unnser Landtregierung oder Hofrat lanngen laßen; so soll jnen Verhör gestattet, und in dieselben beswär gnedig und gepürlich einsehung gethan werden.

[62]) B. 1, Th. 2, R. 3. „Es sollen auch, so offt im Jar not ist, in allen Stetten und Gerichten gesetzte ordenliche Burgerrecht und Landtgericht (damit menigklich fürderlichs Rechtens und Außtrags bekumen müge) on sundern der Partheyen Costen, wie dann an yedem Ort der gebrauch ist, geordnet und gehalten werden."

[63]) B. 1, Th. 2, R. 25. „Es sollen auch hinfüran die Rechttäg die Zeit des Summers in der Arbait nicht aufgehabt, sunder man soll die für und für

Alle tirolischen Gerichte bestanden aus zwei bleibend angestellten Beamten, dem Richter und dem Gerichtsschreiber (in Welschtirol Cancelliere genannt); Letzterer mußte so viele Schreiber halten, als zur Erledigung der Geschäfte, Ausfertigung der Urtheile, Bescheide und Verordnungen, Verfassung von Urkunden u. s. w. nothwendig war. Die Urtheile in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wurden den Grundsätzen des altdeutschen Gerichtsverfahrens gemäß nicht vom Richter allein gefällt, sondern unter seinem Vorsitze in den Städten von verständigen Rathsmännern nach Inhalt der betreffenden städtischen Privilegien, auf dem Lande aber („in Gerichten") von zwölf ehrbaren, verständigen, ansäßigen, geschworenen Männern der Gemeinde gefunden. Der Richter hatte hiebei nach altdeutscher Weise nur die zu entscheidenden Rechtssachen den Geschworenen vorzutragen, die ganze Verhandlung zu leiten und für die Vollziehung des gefundenen Urtheiles zu sorgen.

Die Geschworenen, in Tirol, und zwar ganz bezeichnend, Rechtsſprecher genannt, mußten einen Eid zu Gott und den Heiligen schwören, daß sie gleiches Recht den Armen und Reichen nach ihrem besten Wissen und Gewissen sprechen, und sich hierin weder durch Freundschaft, noch durch Feindschaft, weder durch Gaben, noch durch Drohungen beirren lassen werden. War ein Rechtssprecher mit einer der Parteien so nahe verwandt, daß Einer den Andern beerben könnte, war er selbst irgendwie in der betreffenden Rechtssache betheiliget oder als Zeuge vorgeführt, so durfte er an der Urtheilsfindung keinen Antheil nehmen, sondern mußte in diesem speciellen Falle durch einen anderen Rechtsprecher ersetzt werden[64]). Alle Jahre traten vier durch das

zu halten schuldig seyn; doch in der Arbait des Mads, Snits und Wymmats, so vil möglich ist, soll die Gerichtsleüt verschont, darzue acht tag vor und acht Tag nach Weihnechten, Ostern und Pfingsten soll kein Recht gehalten, sunder nidergelegt sein. Dergleichen soll es auch dieselb Zeit mit Erforderung und Betzalung der Schulden und mit den Phandtungen gehalten werden."

[64]) B. 1, Th. 1, R. 3. „In allen Stetten sollen verstenndig in Rat, innehallt jrer Freyhaiten genomen, aber in Gerichten sollen zwelf erbar, verstenndig, angesessen, gesworen Rechtsprecher, die dem Rechten gehorsam seyn sollen, erkißt und gesetzt werden; die sollen ainen Aid zu Gott und den Heiligen, wie sich gepürt, sweren, gleichs fürderlichs Gericht dem Armen wie dem Reichen, und dem Reichen als dem Armen nach jrem peßten verstanndt füeren und urtail sprechen, auch weder gab, droh, veinndtschafft noch freyndtschafft darynn nicht irren, noch verhindern lassen, alle Ratsleg in gehaimen behalten. Und ob yemanndt auß den Geswornen den Partheyen also daß ainer von dem anndern erben möchte, mit freyndtschafft verwonnt were, oder den Handel ainen selbs antreff, so soll ain anderer in derselben Rechtfertigung

Loos hiezu bestimmte Rechtsprecher aus und wurden an ihrer Stelle vier neue in Eid und Pflicht genommen. Waren in einer Gemeinde entweder für einen speciellen Fall, oder überhaupt zu wenig geeignete Rechtsprecher, so mußten solche aus anderen Städten oder Gerichten gegen geziemende Belohnung requirirt werden[65]).

Um dem der Würde der Rechtspflege entsprechenden Grundsatze der Unentgeltlichkeit derselben gerecht zu werden, wurde das bis dahin in Tirol bestandene sogenannte Sitzgeld, eine pecuniäre Entschädigung, welche die Parteien dem Richter für die beim Rechtsprechen gehabte Mühe leisten mußten, aufgehoben, eben so bei unstreitigen Erbfällen („in offenbaren Erbschaften") das bisher übliche „bestät- oder zuelaßgelt" eine Art Mortuar; nur bei streitigen Erbfällen, und bei unstreitigen dann, wenn der Richter durch Inventiren des Nachlasses u. s. w. besondere Mühewaltung anwenden mußte, sollte ihm hiefür ein Entgelt von 1, 2 oder 3 fl. Rheinisch gegeben werden; in allen Fällen aber mußte eine „zimlich zerung" gereicht werden[66]).

Das sogenannte Siegelgeld wurde zwar beibehalten; um aber alle Uebervortheilung der Parteien möglichst zu verhindern, genau bestimmt. Für jede gewöhnliche Urkunde („ainem yeden gemainen brief") sollte nicht mehr als Ein ℔ Berner, d. i. 12 kr. rhein., für Ausfertigung wichtigerer Urkunden („ansehnlich verträg"), dann für Endurtheile und Appellationen je 1 fl. Rhein. entrichtet werden. Wo aber bisher schon ein geringeres Sitz- und Siegelgeld üblich war, sollte es auch fernerhin dabei verbleiben[67]).

---

mit gleichgethaner Aidspflicht verwendent werden. Und ob ainer oder mer der Geschwornen kuntschafft geben mügen, die sollen Sy bey dem Aid, den Sy Unns zum Rechten gesworen haben, sagen und bestäten, und alßdann in derselben Sach nicht urtail sprechen, sunder das Recht soll mit anndern unverwonten verstenndigen ersetzt werden."

[65]) B. 1, Th. 1, R. 5. „Es sollen auch alle Jar Vier Geschworne außgewechselt, und Vier ander an jr stat genomen, und denselben die Aidspflicht gegeben. Und ob in Stetten und Gerichten an verstenndigen Rechtssprechern Mangel erscheine, so sollen etlich Verstenndig auch außer Gerichts auf der Partheyen anrueffen ervordert werden; die sollen umb zimlich belonung schuldig seyn söllich Recht zu besetzen verhellfen."

[66]) B. 1, Th. 1, R. 6. „Es soll hinfüro den Richtern und ihren Anwälten kain Sytzgelt, dergleichen in offenbaren Erbschafften kain bestät- noch zuelaßgelt mer (allain die zimlich zerung) zusteen. Es were dann, daß ain Richter oder sein Anwalt in der abgestorbenen Personen Güeter mit Inventieren und in annder wege müe und Arbait hatte; so soll im nach gelegenhait derselben seiner müe und arbait, auch nach ansehung, größ, und vile der hab und guet, ain, zween und bis in drey guldein Rheinisch und darüber nit gegeben."

[67]) B. 1, Th. 1, R. 6. „Von ainen yeden gemainen brief, wie der namen hat, nit mer dann ain pfund perner Sigelgelt ervolgen; es weren dann

Auch die Belohnung der Schreiber ist in der Landesordnung im Interesse der rechtsuchenden Parteien, und um den vielen dießfälligen Beschwerden abzuhelfen, genau, und zwar für alle Arten von Urkunden speciell festgesetzt[68]).

In Bezug auf die Verpflichtung, Urkunden vor Gericht zu errichten, wurde festgesetzt, daß dieselbe sich nur auf sogenannte gerichtliche Sachen, d. h. auf solche Urkunden, die in Folge eines Processes errichtet werden, als Vergleiche u. s. w. beschränke; die Errichtung anderer Urkunden sollte in jenen Landestheilen, in denen es bisher üblich war, auch außer Gericht geschehen dürfen[69]).

Der Lohn der Frohnboten sollte sich nach dem bisherigen Ortsgebrauche richten; nur für gewisse Amtshandlungen war er für das ganze Land speciell festgesetzt, so z. B. für Vornahme einer Pfändung 3 kr. rhein., und falls der Ort derselben vom Gerichtssitze entlegen war, und der Frohnbote die Pfänder weit transportiren mußte, noch außerdem für jede Meile 4 kr. rhein.; wo aber bisher dießfalls eine niederere Gebühr üblich war, sollte es dabei auch in Zukunft bleiben[70]).

Bei jedem Gerichte in Städten und auf dem Lande war eine dem Bedürfnisse entsprechende Anzahl von Rechtsfreunden, Redner

---

ansehenlich verträg, Enndurtailn und Appellation zu besigeln,' soll jm für derselben ainen ain guldein Reinisch Sigelgelt enntrichtet. An welchen ennden aber der gebrauch ist, da man den Richtern weniger gibt, dabey soll es beleiben."

[68]) B. 1. Th. 1, R. 7. „Den Schreibern soll von ainem Kundschafftbrief, so ungevärlich auf ainen pogen geschriben mag werden, nit mer schreibgelt, dann ain Pfundt perner, aber um Appellation und Endurtailen, auch umb ansehnlich Sprüch, Testament ain Guldein reinisch" (folgen weitere Arten von Schriften mit der betreffenden Gebühr).

R. 8. „Item umb Prokurepen, gemain Schuld (u. s. w.) ain Phundt perner" (folgt abermals eine Aufzählung verschiedener Arten von Schrifteu und der entsprechenden Gebühren).

[69]) B. 1, Th. 1, R. 9. „Ordnen Wir, daß an den Ennden, da der prauch nit gewesen, die gemainen Brief und Schrifften vor Gericht aufzurichten und zu besigeln, dieselben Gepot abgethan, und soll menigklich in dem val bey altem geprauch beleiben. Was aber Gerichtlich Sachen sein, die sollen nit gestatt werden anderer ende, dann vor und durch aines yeden Obrigkait zu verfertigen."

[70]) B. 1, Th. 1, R. 10. „Mit des fronbotten Belonung soll es gehalten werden, wie dann an ainem yeden ort vorher der geprauch gewesen ist. Außgeflossen, so yemanndt gephennbt wird, soll ainem Fronbotten oder Dorffmaister von Phennden drey Kreutzer, und von yedem Failfüren für Speiß und Lon sechs Kreutzer und von Einantwurtung der Phanndt ain Phundt perner gegeben. An welichen Orten aber ain fronpot die Phanndt weit nemen und lauffen muß, so soll jm noch verne des wegs für yede Weyt außer seines Solds vier Kreutzer ervolgen. An wellichen Enden aber unßher weniger geben ist, soll es, wie von alter herkomen, gehalten werden."

genannt, bestellt, deren Aufgabe es war, gegen Entgelt die Vertretung der Parteien in Rechtsstreiten zu führen. Sie mußten stets am Gerichtssitze, dem sie zugewiesen waren, gegenwärtig sein, und konnten für jedes Erscheinen vor Gericht außer der gewöhnlichen Zehrung nicht mehr als 1 Pfund Berner verlangen. Wo aber bisher ein geringerer „Rednerlon" üblich war, sollte es auch in Zukunft dabei bleiben"[71]).

Die Gerichtsredner, die bei der Regierung zu Innsbruck und den beiden Hofgerichten zu Botzen und Meran angestellt waren und Advokaten hießen, konnten für jeden Gerichtstag bei einem gewöhnlichen Processe Einen Gulden Rhein., bei einem besonders kurzen Processe aber weniger verlangen, bei einem besonders langen Processe sollten sie die Parteien nicht überhalten. Wenn in dieser Beziehung Streitigkeiten zwischen den Parteien und ihren Advokaten entstanden, mußten sie von der Landesregierung entschieden werden[72]). Es war den Parteien auch gestattet, sich anderer, als gerade der bei dem Gerichte, wo sie eine Rechtssache anhängig hatten, angestellten Rechtsfreunde zu bedienen[73]). Jedoch mußte dieß der Gegenpartei früher mitgetheilt werden, und den beim Gerichte angestellten Rednern dennoch lucrum cessans, d. i. der gesetzliche oder herkömmliche Lohn entrichtet werden[74]). Die Gebühren der fremden Redner waren auch bei einem gewöhnlichen Processe auf 2 Pfund Berner, bei einem größeren aber auf Einen Gulden Rhein. für jeden Gerichtstag festgesetzt, dießfällige Differenzen wurden vom Gerichte, bei dem die Streitsache anhängig war, mit Berücksichtigung

---

[71]) B. 1, Th. 1, R. 11. „Im yeden Gericht sollen aines yeden Jars, so vil not ist, Redner gehalten werden, die menigklich in denselben Stetten und Gerichten zu reden gewertig sein. Und soll ainem yeden derselben Redner von ainem yeden Rechten über sein zimlich Zerung nicht mer dann ain Phunndt perner vervolgen. In wellichen Gerichten aber vor weniger Rednerlon gegeben ist, dabey soll es hinfüran beleiben."

[72]) B. 1, Th. 1, R. 13. „Den Rednern und Advokaten, die von Unser Regierung und Hofgerichten gebraucht werden, soll von ainer Parthey auf ainen Tag oder von ainem gemainen Hanndl zu reden ain Guldein Rheinisch, aber von ainem kurtzen Hanndl weniger gegeben; wo es aber ain langer Hanndl ist, so sollen Sy die Partheyen güetlich und nit beswerlich halten. Und ob derhalben zwischen inen Irrungen fürfielen, die sollen durch Unnser Regiment gemäßigt und entschiden werden."

[73]) B. 1, Th. 1, R. 11. „Und ob ainer frembd Redner (das in aines yeden willkür steet) wurbe" ꝛc.

[74]) B. 1, Th. 1, R. 12. „Unnd welcher ainen frembden Redner brauchen will, der soll solches dem gegentail zuvor in den gemainen Rechten verkünden, und den gesetzten Rednern nichts desterweniger, dieweil Sy dem Rechten gewertig sein müßen, ir bestimbt gelt zu geben schuldig sein."

aller Umstände entschieden[75]). Wenn eine Partei, welche sich fremder Redner bei einem Rechtsstreite bedient hatte, und denselben daher, wie oben gezeigt, eine höhere Gebühr entrichten mußte, von der Gegenpartei vermöge richterlichen Urtheils die Gerichtskosten ersetzt werden sollten, so waren dieselben nur in dem Betrage zu bezahlen, der erlaufen wäre, wenn die obsiegende Partei sich keiner fremden, sondern der am urtheilsprechenden Gerichte bestellten Redner bedient hätte[76]). Damit arme Leute, welche gegen irgend Jemanden ein Recht ansprechen, nicht an der Durchführung ihres Rechtes gehindert sein sollten, war verfügt, daß das zur Verhandlung und Entscheidung der Streitsache zuständige Gericht, dann die hiebei zu verwendenden Schreiber, Redner und Frohnboten ihre betreffenden Amtshandlungen einstweilen bis zur Vollendung („bis zu Außtrag") unentgeltlich verrichten sollen, wo sich dann zeigen wird, ob der Ersatz der Kosten etwa von der sachfälligen vermöglichen Gegenpartei erholt werden könne oder nicht[77]).

Die bisher aufgeführten Bestimmungen zeigen die gemeinschaftliche Tendenz, die Rechtspflege Allen zugänglich und so wohlfeil als möglich zu machen, und auch in dieser Richtung die mannigfaltigen Lasten der Unterthanen thunlichst zu erleichtern. Ueber die Zuständigkeit der verschiedenen Gerichte des Landes enthält die Landesordnung umfassende Bestimmungen. Zuvörderst mußte das Gericht, um eine bei ihm angebrachte Rechtssache giltig in Verhandlung nehmen zu können, hiezu competent sein. Competent waren aber: 1. für Rechtssachen über unbewegliche Sachen und Rechte an solche das Gericht der gelegenen Sache; 2. für Rechtssachen wegen Schulden das Gericht des Wohnsitzes

---

[75]) B. 1, Th. 1, R. 12. „Wo aber Partheyen frembd Redner in den gefrümbten oder gesetzten Statt- und Lanndtgerichten brauchen, soll jnen von ainem gemainen Hanndel ain tag zway Phund Perner (i. e. 24 kr. R. W.) und in ainem größern Hanndel ain Guldein Reinisch und die Zerung vervolgen. Wo sich aber die Partheyen darüber beswreren wurden, so soll ain yede Gerichtsobrigkait nach ansehung der hanndlung solches zu mäßigen gewalt haben."

[76]) B. 1, Th. 1, R. 11. „Und ob ainer frembd Redner wurbe, dem Er mer geben, und wo der Widertail demselben die Schäden widerkeren müßte, so soll im doch von desselben Redners wegen über sein Zerung auch nit mer, dann ain Phund perner in den Schaden gelegt werden."

[77]) B. 1, Th. 1, R. 14. „Wo aine erbare Person ainichen Schein des Rechtens wider yemanndts hat, und wißentlich ist, daß die demselben Rechten unvermögens halben nit nachkomen mag, so soll die Gerichtsobrigkait, darvor jr das Recht zu ersuechen gepürt, von unsernwegen darob sein und verfüegen, damit mit betzalung der Richter, Redner, Gerichtschreiber, und Frohnbotenlon, auch mit andern Gerichtskosten bis zu Außtrag stillgestandon, das dardurch Armuethalben nyemandts Rechtlos gelaßen werde."

des Schuldners; 3. für Unbilden, welche nicht zur strafrechtlichen, sondern zur civilrechtlichen Verfolgung geeignet waren, das Gericht des Ortes, wo die That geschehen; 4. für Lehenstreitigkeiten das aus dem Lehensherrn als Vorsitzenden und seinen Vasallen als Rechtsprechern bestehende Lehengericht[78]: 5. für die Fremden die zur Hälfte aus Eingeborenen, zur Hälfte aus Fremden zusammengesetzten Gastgerichte; als Fremde, welche Anspruch auf die Gastgerichtsbarkeit hatten, galten diejenigen, welche nicht in der gefürsteten Grafschaft Tirol ansäßig waren, mit Ausnahme solcher Kaufleute, Hausirer u. s. w., welche zwar außer Tirol seßhaft waren, aber doch den „mereren" Theil des Jahres sich in Tirol aufhielten[79]). 6. Der Adel erfreute sich auch in Tirol, wie anderwärts, zu jener Zeit eines besonderen privilegirten Gerichtsstandes, und zwar gehörten die Rechtssachen, in denen ein Adeliger als Geklagter erschien, entweder an die Raitkammer zu Innsbruck, oder an die Hofgerichte zu Meran und Botzen, je nachdem der Adelige in diesem oder jenem Bezirke ansäßig war.

Die an der Stelle der früheren Schatzkammer errichtete sogenannte Rait-Kammer hatte nach der Instruction Kaiser Maximilian I. vom Jahre 1500 auch die Finanzverwaltung Tirols zu führen, während die übrigen Verwaltungszweige von der Landesregierung, oder, wie sie damals genannt wurde, dem Regimente besorgt wurden. Das Regiment und die Raitkammer bildeten übrigens zusammen nur Eine Behörde mit zwei Abtheilungen, deren jede ihren eigenen Präsidenten hatte; bei Verhandlungen über Gegenstände von größerer Wichtigkeit traten die Räthe beider Abtheilungen zusammen und beriethen gemeinschaftlich. Die Raitkammer hatte die Gerichtsbarkeit über den dießseits des Brenners und der Finstermünz wohnenden Adel.

Das Hofgericht zu Botzen war ein mit adeligen Rechtsprechern besetztes Gericht, welches unter dem Vorsitze des damals und überhaupt in früherer Zeit stets in Botzen residirenden Landeshaupt-

---

[78]) B. 1, Th. 2, R. 12. „In Unsrem Lannde, der fürstlichen Grafschaft Tirol soll in erster Instanntz umb Urbar und Aigen, wo die gelegen sein; umb Schulden, da ainer gesessen ist; umb Untzucht und Intzicht, wo die beschicht, und umb Lehen vor dem Lehensherrn und Lehensmannen fürgenomen und beklagt, und hierüber nyemannndt für kain frembd Gericht oder Commißari wider alt herkomen ervordert, werden, noch zu antworten schuldig sein."

[79]) B. 1, Th. 2, R. 6. „Item die anguesten Gastrecht sollen zu dreyen Tagen gesetzt, und wer im Gezirckh der Grafschaft Tirol gesessen ist, deßgleichen den Kauffleuten, Ansetzern (i. e. Hausirer) und Sweintreibern, so den mereren tail im Lannde handtieren und wohnen, den soll man kain Gastrecht halten."

mannes in der Regel viermal im Jahre zusammentrat, um über die Rechtssachen des im sogenannten landeshauptmännischen Bezirke, d. i. im eigentlichen Etschlande, dem Lande zwischen dem italienischen Landestheile, dem Eisakthale und dem Burggrafenamte ansäßigen Adels zu verhandeln und zu entscheiden. Die adeligen Rechtsprecher dieses Gerichtes waren angesehene Edelleute des Landes an der Etsch, also ein förmliches Standesgenossengericht nach altdeutschem Rechte. Die zu verhandelnden Angelegenheiten wurden vom sogenannten Landschreiber an der Etsch vorgetragen, der immer ein Rechtsgelehrter sein mußte, und der einzige bleibend angestellte Hilfsbeamte des Landeshauptmannes war. Das Hofgericht zu Botzen versammelte sich, gleich der Innsbrucker Raitkammer, wenn sie als Gerichtshof fungirte, viermal im Jahre, und zwar immer in der Quatemberwoche, woher auch die einzelnen vier Termine das Hofrecht Reminiscere, das Hofrecht Trinitatis u. s. w. hießen. Mit dem allmäligen Verschwinden der altdeutschen Schwur- und Standesgenossengerichte erhielt auch das Hofgericht zu Botzen eine wichtige, ja principielle Umgestaltung; es bestand zwar mit der alten Bezeichnung als landeshauptmannschaftliches Gericht und mit der bisherigen Competenz fort, aber die adeligen Rechtsprecher entfielen, und das Hofgericht bestand nur mehr aus dem Landeshauptmanne als Einzelrichter, dem Landschreiber an der Etsch als seinem Stellvertreter und einem Acturar für die Kanzleigeschäfte; auch wurde die Gerichtsbarkeit nicht mehr blos in den vier Quatemberwochen, sondern das ganze Jahr hindurch vorkommenden Falles ausgeübt. Die Verlegung der Residenz des Landeshauptmannes von Botzen nach Innsbruck hatte zwar auf den Bestand des Botzener Hofgerichtes als solchen keinen Einfluß; jedoch wurde das Richteramt alldort an der Stelle des Landeshauptmannes durch einen von ihm ernannten Substituten ausgeübt, der den Titel: Landeshauptmannschaftsverwalter führte, und zugleich gewisse ständische Geschäfte für den südlichen Landestheil besorgte. Mit dieser wesentlich veränderten Verfassung dauerte das Botzener Hofgericht noch bis zum Jahre 1783 fort, wo es der durch Kaiser Josef II. angeordneten neuen Organisation der Gerichte weichen mußte. Am 1. August 1795 wieder hergestellt, wurde es Ende Februar 1804 abermals, und zwar für immer aufgehoben. Das Hofgericht zu Meran war auf gleiche Weise wie jenes zu Botzen eingerichtet, und hatte die Gerichtsbarkeit über den im Burggrafenamte und in Vintschgau ansäßigen Adel. In Bezug auf die Gerichtszuständigkeit der Geistlichen enthält zwar die Landesordnung keine Bestimmungen; die als Anhang der

Landesordnung erschienene sogenannte Ordnung des geistlichen Standes verfügt jedoch, daß die Geistlichkeit in Civil- und Strafsachen der weltlichen Gerichtsbarkeit unterliege, und daß die Laien nur in Betreff der Ehesachen, nicht aber in andern Angelegenheiten, der geistlichen Gerichtsbarkeit unterstehen.

II. Civilproceß.

1. Verhandlungs- und Erkenntnißverfahren in erster Instanz.

Das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten war in den Städten und auf dem Lande durchaus mündlich, und wurde eröffnet durch die Vorforderung des Geklagten durch den Kläger; auf Grund derselben wurde der Geklagte durch den Frohnboten mündlich auf einen bestimmten Tag vor Gericht geladen, vornehmere oder nicht im Gerichtsbezirke ansäßige Personen mußten von der klägerischen Vorforderung und dem hierüber festgesetzten Verhandlungstage durch ein mit dem richterlichen Siegel versehenes Decret verständiget werden[80]). Die Gerichtstage sollten im ganzen Lande im Winter und Sommer zeitlich anfangen, und die Anfangsstunden durch den Frohnboten öffentlich bekannt gemacht werden, damit die Rechtsprecher, die Parteien und ihre Redner zur rechten Zeit erscheinen konnten. Am Gerichtstage selbst wurde die Verhandlung durch die öffentliche Bekanntmachung der geschehenen Vorforderung und durch die Anmeldung der anwesenden streitenden Parteien von Seite der Fronboten eröffnet[81]). Bevor zur Verhandlung geschritten wurde, konnten die Blutsfreunde der streitenden Parteien und andere Personen mit Vorwissen der Obrigkeit einen Vergleich versuchen[82]). Blieb der Versuch fruchtlos, so wur-

---

[80]) B. 1, Th. 2, R. 15. „Die Fürpot zum Rechten sollen durch die Fronboten in Stetten und Gerichten den unnderthanen beschehen, aber den mereren (i. e. vornehmeren) Personen oder die, so in demselben Gericht nit seßhaft sein, den soll der Richter die Rechte oder Kundtschafttäg schriftlich unter seinem Petschaft zuesennden und verkünden. An demselben fürpot ist es genug und soll darauf gericht (i. e. verhandelt) werden."

[81]) B. 1, Th. 2, R. 4. „Es sollen hinfüran die Recht in allen Stetten und Gerichten im Summer und Winter zu rechter, gueter und früer tagszeit angefanngen und die Stund der besitzung des Rechtens durch den Frohnpoten in beruefffung oder fürpot des Rechtstags (damit die Rechtsprecher und die Partheyen gehorsam zu erscheinen wißen) offenlich benennt werden."

[82]) B. 1, Th. 2, R. 8. „Es mögen auch Freünnd und Annder die Partheyen in iren spännen vor und in anhangender Rechtfertigung (was nit Ynzicht

den beide Theile nacheinander gehört und zum Beweisverfahren geschritten. Hiebei war die Erlassung von Beiurtheilen, als die Verhandlung und Entscheidung der Streitsache nur verzögernd und auf dieselbe ohne allen principiellen Einfluß, ausdrücklich untersagt, und den Richtern eingeschärft, sogleich nach der ersten Anhörung beider Streittheile die etwa vorgebrachten Beweise vornehmen zu lassen, worauf beiden Parteien und ihren Rednern zur Ausführung der aus dem Beweisverfahren sich ergebenden Rechtsfolgerungen und Einwendungen nochmals das Wort zu geben war[83]). Allfällige Einwendungen, welche die Hauptsache nicht berührten, als z. B. wegen Incompetenz des Gerichtes, mußten gleich Anfangs und jedenfalls am ersten Verhandlungstage angebracht werden; später sollten keine mehr zugelassen werden, um nicht eine Verlängerung der Verhandlung herbeizuführen[84]). War am anberaumten Gerichtstage nur der Kläger erschienen, so mußte der Frohnbote vor der Thüre des Gerichtslokales ausrufen, ob vielleicht Jemand die Vertretung des abwesenden Geklagten übernehmen wolle; im verneinenden Falle wurde die gerichtliche Verhandlung mit dem Kläger allein geführt, und seine rechtskräftig bewiesenen Angaben allein als factische und rechtliche Grundlage des zu schöpfenden Urtheiles benützt[85]).

Die Landesordnung kennt in Civilrechtssachen drei Beweismittel: Urkunden, Kundschaft, d. i. Zeugen oder Augenschein, und Eid.

a) Urkunden. Die Landesordnung enthält zwar keinerlei Bestimmungen über die zur Beweiskraft einer Urkunde erforderlichen Förm-

---

oder Malefiz berüert) mit vorwißen jrer Obrigkait an denselben Enden güetlich zu verhüetung Unkostens vertragen; doch der Obrigkait an jren Sprüchen und Rechten unvergriffen."

[83]) B. 1, Th. 2, R. 16. Nachdem in besitzung der Recht, auch eröffnung der Fürpot, einlaitung der Kuntschaften, berüeffung des Gegentails und in ander weg zu verlenngerung des Rechtens vil unnotdurfftiger Beyurtailn ergangen: darauf Setzen und Ordnen Wir, das hinfüro solh Beyurtailn in Stetten und Gerichten verrer nit gebraucht, sunder die Richter, so Sy das Recht besitzen, sollen den fronpoten umb Eröffnung des fürpots von Obrigkait zuesprechen, die Kuntschaften on Urtail hören und bestäten, und darauf die Partheyen gestrackhs in jrem Fürkomen hören und auf das, so fürkombt, rechtlich prozediren und erkennen lassen."

[84]) B. 1, Th. 2, R. 17. „Und wellichen im Rechten außerhalb der haubtsach außzüg (i. e. Einwendungen) suechen oder begeren will, der soll das im ersten Rechten (i. e. Gerichtstage) thun, und in den nachfolgenden Rechten soll nyemannt kain flucht oder außzug zuegelassen oder ainich geverlich verlenngerung des Rechtens gestatt werden."

[85]) B. 1, Th. 2, R. 16. „Und ob der gegentail am Endrechten nit erschin, soll der Richter dem Fronpot, ob yemand die Klag im Rechten verantwurten wöll, vor der Zhür zu berüeffen bevelhen."

lichkeiten, jedoch kam der Beweis durch Urkunden häufig vor, weil in jener Zeit über wichtigere Geschäfte stets solche errichtet wurden, was wieder großentheils darin seinen Grund hatte, daß auf Grund unbedenklicher Schuldbriefe der Richter ohne weiteres Verfahren und Urtheil sogleich die Execution bewilligte[86]). Die Entscheidung der Frage, ob eine Urkunde unbedenklich und überhaupt mit Berücksichtigung aller Umstände des speciellen Falles beweiskräftig sei, war lediglich dem Ermessen der Richter überlassen.

b) Zeugen und Augenschein. Wer einen Beweis durch „Kuntschaft" (Zeugen oder Augenschein) führen wollte, mußte den Gegentheil, wenn er in Tirol anwesend war, schriftlich oder mündlich hievon verständigen. War der Gegentheil zwar außer Landes wohnhaft, besaß er aber im Lande Urbarien oder Grundstücke, und hatte er einen Amtmann oder Verwalter im Lande, so mußte dieser hievon in Kenntniß gesetzt werden; hatte er keinen Verwalter im Lande, so war der den Beweis durch „Kuntschaft" Führende von der Verbindlichkeit der vorgängigen Verständigung des Gegentheils enthoben. Die Zeugen des einen oder beider Streittheile mußten in Abwesenheit der Parteien vernommen, ihre Aeußerungen aufgeschrieben, und dann öffentlich in Gegenwart der Parteien verlesen werden; eine abermalige Vernehmung über dieselben Punkte war nicht zuläßig[87]). Eben so wenig durften die Parteien oder ihre Vertreter die Zeugen über ihre Aussagen weiter vernehmen oder etwa einem sogenannten Kreuzverhöre unterwerfen[88]). Eine Besprechung mehrerer über dieselbe Sache aussagenden Zeugen unter-

---

[86]) B. 1, Th. 2, R. 47. „So aber ainer auf ainen unvermailigten (i. e. unbedenklichen) Schuldbrief phennden will, soll ihm zu phennden gestatt sein."

[87]) B. 1, Th. 2, R. 18. „Welcher Kuntschaft nemen will, der soll durch den Richter, vor dem er die laiten will, seinen widertail, wo er im Kraiß diser unser fürstlichen Grafschaft Tirol ist, schriftlich oder mündtlich, damit er seinen gegen Antzug thuen möge, verkünden. Auch wo der Gegentail außer Landts seßhaft oder wonhaft wäre, und doch im Lande wißentlichen zinnß oder ligende Stuck hette, seinem Ambtmann oder innhaber derselben stuck wißen lassen und sonnst außer Landts soll er im wißen zu laßen nit schuldig sein. Und alsdann auf beyder oder des ainen tails Antzüeg sollen die gezeügen in abwesen der partheyen yeder in sunders on urtail (i. e. ohne vorhergegangenes Beiurtheil) gehört und jre Sagen aufgeschriben, darnach offenlich vor den Partheyen verlesen und sollen die kuntschaftleüt in derselben Sach und umb die Artückel, darum Sy kuntschaft geben haben, nochmals verner kuntschaft zu geben nit schuldig sein."

[88]) B. 1, Th. 2, R. 21. „Es sollen auch die Richter den Partheyen, jren Rednern, noch anderen nit gestatten, die gezeügen über jr gegeben kuntschafftsach weiter zu fragen."

einander war gestattet, weil auf diese Weise oft Irrthümer des Einen oder Andern unter ihnen berichtiget werden könnten [89]).

Die Kundschaft sollte nicht „gespalten" sein, d. h. nur das zur Sache Gehörige, nicht aber Anderes soll gesagt werden. Auch sollten bei jeder Zeugenvernehmung oder Augenscheinsaufnahme drei ehrbare Männer noch speciell zur Erhöhung der Glaubwürdigkeit gegenwärtig sein. Endlich mußte jeder Zeuge seine Aussage beschwören, von welcher Pflicht nur die Siegelmäßigen und die geschwornen Rechtsprecher des Gerichtsbezirkes entbunden waren [90]).

Für jede Kundschaftsleistung außerhalb des Wohnortes mußte dem gemeinen Manne für Zehrung der Betrag von 4 kr. rhein. W. entrichtet werden, für die Zeitversäumniß aber war keine Entschädigung zu leisten. Wo aber nach bisheriger Ortsgewohnheit für Zehrung nichts bezahlt wurde, sollte es auch in Zukunft nicht geschehen [91]).

Wenn ein Streittheil eine versiegelte Abschrift der vom Gegentheile veranlaßten Kundschaft verlangte, so konnte ihm eine solche nur gegen Bezahlung der Hälfte der bei Einziehung der Kundschaft erlaufenen Kosten verabfolgt werden [92]).

Eine Bestimmung über die zur Herstellung eines rechtskräftigen Beweises erforderliche Zahl und Qualification der Zeugen finden wir in der Landesordnung nicht; es war dießfalls dem richterlichen Ermessen, und zwar mit vollstem Rechte, freier Spielraum gelassen.

c) Eid. Der Eid konnte nur auf Grund eines richterlichen Urtheiles, und zwar dann abgelegt werden, wenn eine Partei es auf das Geständniß oder Leugnen des Gegentheiles ankommen lassen zu wollen

---

[89]) B. 1, Th. 2, R. 19. „Es mügen sich auch die Kuntschaftpersonen, so samentlich umb ain Sach wißen haben, oder durch Sy gehanndelt ist, wol mit einander underreden."

[90]) B. 1, Th. 2, R. 22. „Ain yeder getzeüg soll sein Sag nit gespalten geben, nicht mer oder minder, dann sovil im wißen ist, sagen. Und ain yeder Richter soll drey erbar getzeügen zu verhörung und bestättung der kuntschaften nennen. Es soll auch ain yeder Zeüg, welcher nit aigen innsigel hat oder der Gerichtsobrigkait mit sonderer Aidspflicht nit verwannt ist, mit dem Aid zu bestäten schuldig sein."

[91]) B. 1, Th. 2, R. 23. „Wo aber die Kuntschaftpersonen außer derselben Flecken (i. e. außerhalb des Gerichtsortes) ervordert, so soll yedem gemainen Mann für sein zerung vier Kreutzer, aber für sein versaumbnuß nichts gegeben werden. An wellichen Orten aber vor kain zerung betzalt worden ist, dabey soll es noch beleiben."

[92]) B. 1, Th. 2, R. 20. „Wo die Widerparthey derselben kuntschaftsag geschriben und gesigelt begeren würde, so soll sy dem anrüeffenden Tail umb halben Kosten der zur Einziehung sollichen Kuntschaften aufganngen ist, außrichten und betzalen."

erklärte, wo alsdann seine (des Gegentheils) mit dem Eide bekräftigte Aussage als wahr angenommen und bei dem zu fällenden richterlichen Urtheile als allein maßgebend betrachtet wurde[93]).

Nach Beendigung des Beweisverfahrens und der sofort von den Parteien oder deren Vertretern etwa vorgebrachten Rechtsausführungen zogen sich die Rechtsprecher zur Urtheilsschöpfung, welche bei verschlossenen Thüren geschehen mußte, zurück. Das „gefundene" Urtheil wurde unverzüglich den Parteien kundgemacht[94]).

Jede civilgerichtliche Verhandlung, einschließlich der Urtheilsschöpfung, dauerte in der Regel drei Tage; über gewisse Rechtsachen aber mußte an Einem Tage verhandelt und entschieden werden; dahin gehörten Streitigkeiten über eingestandene oder sonst als zweifellos erwiesene Forderungen, über Liedlohn, über anvertrautes Geld, über sogenannte eßende Pfänder und den dadurch erwachsenen Schaden, über Besitzesstörungen, in so ferne die Klage binnen Jahr und Tag nach erhaltener Kenntniß derselben angebracht wurde, und über Injurien. Brachte jedoch der Geklagte einen hinreichenden Grund dafür vor, daß er am ersten Gerichtstage die Klage nicht gehörig beantworten könne, so sollte die Verhandlung und Urtheilsschöpfung auf den folgenden Tag verschoben werden. Ueber andere als die eben erwähnten Rechtsstreitigkeiten durfte erst am dritten Tage das Urtheil gefällt werden, es wäre denn, daß der Geklagte sich schon am ersten Tage in die Verhandlung der Hauptsache, respective Beantwortung der Klage, einließe, wo alsdann auch schon am zweiten, oder nach Umständen gar schon am ersten Gerichtstage die richterliche Entscheidung erfolgen konnte[95]). Auch die

---

[93]) B. 1, Th. 2, R. 24. „Ob ain parthey im Rechten der haubtsach des gegentails jehen (i. e. gestehen) und laugnen zu nemen begert, und mit urtail zuegelaßen wirdet, soll er warhait zusagen und mit dem Aid zu bestäten schuldig sein."

[94]) B. 1, Th. 2, R. 26. „Es sollen hinfüro die urtailen mit beschloßner Thür geschöpft, beslossen und alsdann den partheyen eröffnet werden."

[95]) B. 1, Th. 2, R. 2. „Damit aber nyemanndt wider Gebrauch und Alt herkomen dietz unsers Lannds mit unpillichen verlenngerung des Rechtens aufgehalten und die Recht mit Ordnung voltzogen werden: So geben wir disse Erleüterung; das umb gichtig bekanntlich Zinnß und Schulden, umb Lidlon, umb vertraut gelt, umb abetzende Phanndt und aufgeende Schäden, darzue umb Entwerung (i. e. Besitzstörung), Welher sein Gwör im Rechten im Ersten Jar und tag, sover er die gewißt, beweißt und fürbringt, und umb Unzucht (i. e. Unbilden, Injurien), auf ersten tag soll zu Eund gericht werden, es were dann, daß der gegentail genuegsam Ursach fürbrächt, das er verhindert worden were, also das er zu seiner Antwurt nit komen het mügen: so soll nach Erkanntnuß der Richter und Rechtsprecher auf anndern Tag; aber umb ander gemain Schulden, Erbschaften, Widerfäll, Heyratguet, Lehen,

zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Fremden untereinander, dann zwischen Fremden und Einheimischen bestellten Gastgerichte mußten in der Regel drei Tage dauern [96]).

2. Berufungs- (Appellations-) Verfahren.

Wer sich durch das vom Gerichte erster Instanz gefällte Urtheil aus irgend einem Grunde beschwert glaubte, konnte in der Regel gegen dasselbe die Berufung an den höheren Richter einlegen. Die Berufung hieß bei den Stadt- oder Landgerichten „Dingen", bei den Hofgerichten aber „appelliren", und mußte in Monatsfrist nach erflossenem erstrichterlichen Urtheile ausgeführt werden [97]). Von den verschiedenen Richtern erster Instanz (Landrichter, Pfleger, Dorfrichter, Stadtrichter u. s. w.) ging die Berufung an das Hofgericht zu Meran, und, falls beide Streittheile oder einer derselben auch mit dem Urtheile der zweiten Instanz nicht zufrieden war, an die Regierung und Kammer zu Innsbruck. Wo aber die Berufung bisher an andere Gerichte, als das Hofgericht zu Meran, oder gleich unmittelbar an die Regierung und Kammer zu Innsbruck gegangen war, dort sollte es auch in Zukunft hiebei zu verbleiben haben [98]). Es hatten dießfalls in verschiedenen Landestheilen sich im Laufe der Zeit mannigfaltige Gewohnheiten ausgebildet, wornach bei manchen Rechtsstreiten vier bis fünf Instanzen waren; in allen Fällen aber blieb die Berufung an die Regierung und Kammer zu Innsbruck offen. Die Streitsachen, bei denen beide Streittheile, oder wenigstens der Geklagte dem Adel angehörten, wurden, wie bereits oben

---

Morgengab, auch um Entwerung, sover der Entwert seine Sprüch im ersten Jar und tag, wie obsteet, nit ersuecht und gerechtfertigt hat, dergleichen umb Aigen, Grundt und Poden soll man auch auf den dritt tag zu ennd richten, sover aber der Antwurter sich auf ersten oder den anndern Tag in antwurt zu der haubtsach einlaßt, so allweg auf Clag, Antwurt, und das so fürkombt, ergeen und beschehen was Recht und landsbreüchig ist."

[96]) B. 1, Th. 1, R. 6. „Item die angerueffsten Gastrecht sollen zu dreyen Tagen gesetzt werden."

[97]) B. 1, Th. 2, R. 31. „Soll solh Appellation nach ergangenen Enndurtail in ainem Monat dem nechsten aufgericht werden."

[98]) B. 1, Th. 2, R. 28. „Es soll auch in allen Stetten und Gerichten, auß denen die Appellation gen Hof an Meran und von dannen in unnser Camer gen Ynnsprugg gefüert, hinfüro ain gleicher Brauch im Rechten durchauß gehalten werden. Welche aber jr Appellation vorher in anndere Stett oder Gericht oder von dem ersten Gerichtzwanng in obgemelt unnser Camer gen Ynnsprugg haben, den soll es hierinnen innhalt jres alten herkomen und gebrauchs unvergriffen sein."

R. 29. „Und was Gericht in disem unserm Land yetzt den Landtsprauch angenomen, und von jren Statuta oder geschribnen Rechten gestanden sein, die sollen hinfüro von jren Gerichtzwang jr Appellation gen Hof an Meran und von dannen in unser Camer gen Ynnsprugg haben."

erwähnt, in erster Instanz entweder von den beiden Hofgerichten zu Meran und Botzen, oder von eigens hiezu aufgestellten Commissionen entschieden, die zweite Instanz war der Landesfürst, oder in seiner Abwesenheit die Regierung und Kammer zu Innsbruck[99]). Die von der Regierung und Kammer zu Innsbruck gefällten Urtheile wurden stets verschlossen unmittelbar und mit Umgehung aller Zwischeninstanzen an den Richter, von dem das erste Erkenntniß ausging, geschickt[100]).

Eine Berufung fand nicht Statt: a) gegen Urtheile in Injuriensachen, b) gegen Beiurtheile, wodurch die Hauptsache nicht berührt wurde, c) gegen Urtheile der Regierung und Kammer zu Innsbruck, d) gegen Urtheile der Adelscommissionen, in so ferne hiebei die Berufung nicht etwa ausdrücklich vorbehalten worden worden wäre, e) gegen Erkenntnisse des Landesfürsten[101]).

Jede gegen ein Urtheil eingelegte Berufung hatte die rechtliche Wirkung, daß die Vollziehung desselben nicht stattfinden durfte, bevor nicht die nächst höhere Instanz gesprochen hatte[102]).

Außer der Berufung bestand noch das Rechtsmittel der Supplication, welche nur an den Landesfürsten oder die Regierung zu Innsbruck gerichtet worden zu sein scheint, und in Beziehung auf die Vollstreckung des Urtheils keine aufschiebende Wirkung hatte[103]).

---

[99]) B. 1, Th. 2, R. 31. „Wir ordnen und bewilligen auch, das nun hinfüro die Enndurtailen, so vor unnsern Hofgerichten zu Meran und Botzen gevallen, mügen appelliert und verfüert werden für unns als Herrn und Lanndtsfürsten und unsere Lanndt Rät, wo wir im Lanndt sein, und in unnserm abwesen für unser Lanndtregierung gen Ynnsprugg. Und was also vor unser, unnsern Landträten, oder unsre Lanndt Regierung darinnen rechtlich erkennt wirdet, dabey soll es enndtlich beleiben."

[100]) B. 1, Th. 2, R. 30. „Wann ainer in unnser Camer gen Ynnsprugg dingt und die urtail darynnen erleütert wirdet, so soll ain yeder, der appelliert hat, die Camerurtail nit mer an Meran füeren, sunder aus gemelter unser Camer dem Richter, der das erst urtail gesprochen, überantwurtzen."

[101]) B. 1, Th. 2, R. 27. „Wir ordnen und setzen, das hinfüro in unserm Land, der fürstlichen Grafschaft von Tirol, von kainer untzucht, yntzicht oder Malefitzurtail (i. e. Urtheile über Klagen wegen wörtlicher oder thätlicher Unbilden, Injurien), dartzue von kainer Beyurtail, die der haubtsach nicht nymbt oder gibt, nit gedingt, dergleichen von kainem urtail, die von unserm Regiment zu Innsprugg gesprochen, appelliert werden soll; auch von kainer Comißion, darynn die Appellation nit vorbehalten ist. Es sollen auch solh Appellationen nyemand wider Unnser als Herrn und Fürsten zu Österreich und Graven zu Tirol unnd dieß unsers Lanndts Freyhaiten zuegelaßen; sonder was derselben Urtailn in Crafft gangen sein, die wollen Wir mit gnaden vollziehen laßen unndt hanndthaben."

[102]) B. 1, Th. 2, R. 32. „In anhangender Appellation soll vor Erledigung derselben kain Urtail voltzogen."

[103]) B. 1, Th. 2, R. 32. „Von welchen Urtailn aber nit geappelliert, sunder davon suppliziert, und beswärung gefüert werden, so soll der Richter nit still-

3. Das Vollstreckungsverfahren.

Nachdem durch den ewigen Landfrieden vom Jahre 1495 das Faust- und Fehderecht aufgehoben und jede Selbsthilfe untersagt wurde, ergab sich die Nothwendigkeit, die Vollziehung der gerichtlichen Erkenntnisse mit Beseitigung des altdeutschen Selbstpfändungsrechtes gesetzlich zu regeln. Dieß geschah nun für Tirol zum ersten Male durch den Landtagsabschied vom Jahre 1496. Die dießfälligen Bestimmungen desselben sind folgende: Bei einer eingestandenen Schuld („umb gychtige Schuld") mußte der Richter dem die Execution ansuchenden Theile sofort die Pfändung bis zum vollen Betrage der Forderung bewilligen. Die gepfändeten Gegenstände, seien es nun Liegenschaften, Fahrnisse oder Forderungen des Schuldners, mußten nun durch vierzehn Tage „stillligen", d. h. unberührt bleiben. Löste der Schuldner binnen dieser Frist die Pfänder durch Bezahlung der Schuld nicht ein, so mußten dieselben durch den Richter drei Tage hindurch öffentlich zum Verkaufe ausgeboten und der Gepfändete hievon verständiget werden. Wenn nun dieser innerhalb einer weiteren dreitägigen Frist die Schuld nebst allen erlaufenden Gerichtskosten nicht bezahlte, sollte der Richter auf Ansuchen des Meistbietenden ein Stangenrecht halten (so genannt, weil der betreffende Gerichtsplatz mit Stangen umgeben war), bei welchem das gepfändete und feilgebotene Gut dem Meistbietenden durch ein sogenanntes Stangenurtheil mittelst des Gerichtsstabes in's Eigenthum übergeben wurde. Wenn aber bei dem dreitägigen Feilbietungstermine kein Kaufangebot gemacht wurde, mußte der Richter mit Beizug von drei ehrbaren Männern die sämmtlichen Pfandobjecte schätzen und um den dritten Pfenning, d. i. um Ein Drittel des Werthes, zu sich nehmen; vom bezahlten Drittel mußte sofort der Pfandnehmer mit seiner Forderung nebst Kosten befriediget werden; konnten selbe hieraus nicht ganz gedeckt werden, so war es Sache des Pfandnehmers, sich vom Schuldner für den abgehenden Betrag eine Sicherstellung zu verschaffen; blieb aber vom sogenannten dritten Pfenning nach voller Befriedigung des Pfandgläubigers noch etwas übrig, so gehörte diese „Überthewr" dem Gepfändeten.

Diese Grundsätze wurden nun auch der in der Landesordnung enthaltenen Executionsordnung zu Grunde gelegt, jedoch in mehrfacher Hinsicht theils modificirt, theils bereichert. Auch in der Landesordnung

steen, sunder daßelb Urtail volzichen, nicht destweniger bede tail Unnser als Lanndtsfürsten oder unnserer Regierung Erleütrung und Erledigung des Urtails gewarten und demselben gehorsam ertzaigen."

finden wir die Bestimmung, daß zur Eintreibung einer bewiesenen und bereits vom Gerichte als zu Recht bestehend anerkannten, oder einer auch nur vom Schuldner eingestandenen, wenn auch noch nicht durch richterliches Urtheil zugesprochenen Forderung sofort bis zum ganzen Betrage derselben die Pfändung eines zur Deckung hinlänglichen Theiles des schuldnerischen Vermögens zu bewilligen sei; jedoch ist hiebei die Beschränkung ausgesprochen, daß zuerst die fahrende Habe, und erst, wenn keine solche vorhanden war, auch Liegenschaften gepfändet werden sollten. Nur der Grundherr hatte bei Eintreibung des Zinses die Wahl, zuerst nur die Fahrnisse, oder aber zugleich auch die zinspflichtigen Grundstücke in Execution zu ziehen [104]).

Wenn Jemand auf Grund einer unbedenklichen Urkunde eine Summe einklagte und zur Sicherstellung derselben um die Pfändung des Schuldners ansuchte, dieser jedoch den Rechtsbestand der Forderung überhaupt, oder doch des eingeklagten Betrages unter dem Vorgeben bestritt, daß er die eingeklagte Summe bereits ganz oder theilweise bezahlt habe, so mußte dem Schuldner zunächst eine Frist von vierzehn Tagen zur Beibringung des Beweises der Zahlung oder allfälliger Gegenansprüche gewährt, und je nach Umständen die Pfändung blos zur Deckung jenes Betrages bewilliget werden, dessen bereits erfolgte Bezahlung nicht bewiesen wurde. Berief sich bei diesen Verhandlungen einer der Streittheile auf Zeugen, oder auf andere, als die schon vorliegenden Urkunden, so sollte ihm zur Producirung dieser Beweismittel ein den Verhältnissen angemessener Termin, und zwar, falls die zu producirenden Zeugen sich im Lande befanden, von vierzehn Tagen, falls sie sich außer Landes befanden, von sechs Wochen und drei Tagen bewilliget werden [105]). Konnte der Schuldner innerhalb dieser Frist

[104]) B. 1, Th. 2, R. 34. „Umb bekanntliche, gychtige, oder umb zuerkannte beweißte Schulden unnd Zynnß soll ain Richter dem Anrüeffenden on verziehen ainmal umb gannze Summa verfallner Fristen und Schulden auf genüegsamen güetern, wo die vorhanden sein, zu phenndten vergünnen, doch erstlich auf guete und nicht pöse varende hab, wo die vorhanden ist. Und wo daran manngel erscheint, auf liegends guet. Und ain Grundtherr umb Zynnß auf varender hab, oder den Pawrechten, darauf der Zynnß ligt, phennden."

[105]) B. 1, Th. 2, R. 47. „So aber ainer auf ainen unvermailigten (i. e. unbedenklichen) Schuldbrief umb gannze Summa seiner Schulden phennden will, und der, so gephenndt werden soll, gannzer Summa nit gestenndig, sunder etwas daran bezalt zu haben vermaint, das im aber der annder nit angichtig oder bekanntlich ist, so sollen alßdann dem Gelter, so gephenndt werden solte, durch den Richter viertzehen tag die nägsten zuegelaßen, und innerhalb derselben viertzehen tag soll der obgemelt Gelter, das er bezalt, oder sein Raitung, so er zu haben vermaint, genuegsamlich darbringen und außfindig

den Beweis der erfolgten ganzen oder theilweisen Bezahlung nicht beibringen, so mußte ohne Weiters die Pfändung vom Gerichte bewilliget und deren Vornahme veranlaßt werden [106]). Ueberdieß mußte in diesem Falle der Schuldner wegen seiner falschen Berühmung über geleistete Zahlung vom Gerichte bestraft werden [107]). Ueber Klagen wegen Forderungen, worüber keine Schuldbriefe oder andere Urkunden vorhanden waren, konnte nicht sofort das Vollstreckungsverfahren, sondern zunächst nur das Verhandlungs- und Erkenntnißverfahren eingeleitet werden [108]). Die bevorstehende Vornahme der Pfändung, so wie auch der weitern zwei Executionsgrade, der Schätzung und Feilbietung, mußte dem zu exequirenden Schuldner, wenn er innerhalb des Jurisdictionsgerichtes getroffen werden konnte, persönlich bekannt gemacht werden; sollte er nicht zu treffen sein, mußte die Bekanntmachung in seiner Wohnung geschehen. Befand sich der Execut außerhalb des erwähnten Gerichtssprengels oder gar außer Landes, so mußte die Bekanntmachung durch öffentliches Anschlagen der betreffenden gerichtlichen Verordnung, am Orte der vorzunehmenden Execution geschehen, und dieser Anschlag zweimal nach einem Zwischenraume von je vierzehn Tagen wiederholt werden. Erschien nach solcher Kundmachung weder der Schuldner selbst, noch ein Vertreter desselben, so mußte die Execution in allen drei Graden, auch ohne Intervention derselben, vorgenommen werden [109]).

---

machen. Und so er das gethan hat, so soll alßdann dem anndern allain umb den Rest und Überthewr der Schulden zu phennden gestattet. Wenn aber ain oder der annder tail zu solhem inn- oder ausserhalb Lanndts kuntschaften oder annder Urkunden notdurftig were und begert wurde, so mögen jnen gepürliche täg nach Lanndtsrecht, nemlich inner Lanndts vierzehen tag unnd ausser Lanndes Sechß wochen und drey tag auf ain mal zuegelaßen werden."

[106]) B. 1, Th. 2, R. 48. „Wann er aber solh sein antzaigen in den bemelten viertzehen Tagen, oder in der Zeit wie obsteet (vide Note 106) nit darbringen wirdet, alsdann soll man dem anndern umb gantze Summa zu phennden und mit denselben Phanden unverhindert zu volfaren gestatten, doch dem, so gephennbt ist, seine Sprüch, ob Er der ainiche hat, nachmalen wie Recht ist, zu ersuechen vorbehalten."

[107]) B. 1, Th. 2, R. 49. „Welchen aber in seinem Antzaigen, berüemen oder vernainen überwysen und Unrecht befunden, derselb soll alsdann durch den Richter nach gestalt der Sachen, wie sich gepürt, gestraft werden."

[108]) B. 1, Th. 2, R. 50. „Umb annder unbekantlich und unbeweißt Schulden, darumb ainer nit Schuldbrief oder andere genuegsame Urkunden hat, soll nyemandt über sein Recht erbieten zu phennden gestatt, sunder dieselben Schuld und Ansprüch sollen zuvor mit Urtail, wie Recht und der Gebrauch ist, erleüttert werden."

[109]) B. 1, Th. 2, R. 53. „Man soll auch ainem yeden, der gephennbt wirdet, allain erstlich die Phanndtung, wo man annderst ainen in dem Gericht, darynnen die phanndtung beschicht, betretten mag, under augen, sover man aber jm darynnen nit betreten möcht, zu Hauß und Hof, und darnach die

Ein Recurs wegen bewilligter Pfändung fand nicht statt [110]).

Die gepfändeten Gegenstände wurden sofort geschätzt und mußten dann vierzehn Tage lang unberührt bleiben („stilligen"). In Bezug auf die Schätzung enthält die Landesordnung die Vorschrift, daß Richter und Schätzleute gewissenhaft („nach ganzen trewen") die gepfändeten Güter schätzen sollen, und zwar nach dem Maßstabe, wie Viel sie um baares Geld und bei sogleicher Bezahlung werth seien. Gegen jede Schätzung konnte der dadurch sich beschwert Glaubende den Recurs an die Landesregierung zu Innsbruck ergreifen, und falls demselben stattgegeben und die Beschwerde als begründet erklärt wurde, mußten die Schätzleute dem obsiegenden Beschwerdeführer alle dießfalls erlaufenen Kosten in der von der Landesregierung festgesetzten Ziffer ersetzen [111]).

Nach Ablauf der oberwähnten Frist von vierzehn Tagen mußten die gepfändeten Gegenstände, wenn der Schuldner sie nicht eingelöst hatte, drei Tage hindurch öffentlich feilgeboten, und dann weiter hiebei nach Vorschrift des oben erwähnten Landtagsabschiedes von 1496 vorgegangen werden [112]). Nur durfte kein Anbot unter dem halben Kaufwerthe angenommen

---

faylfüerung, schätzung und Stanngen Recht zu Hauß und Hof verkünden. Und ob ainer in Kriegen oder an anndern Orten außerhalb Lanndts were, so soll jme die Phanndtung in der Statt, Gericht, oder Herrschaft, darynnen die phanndtung beschehen soll, durch offen aufflahen ob dreyen viertzehen tagen verkündt werden. Es kum alßdann ainer yemandt von seinentwegen oder nit, so soll nichts weniger mit der phanndtung, Schätzung und in annder wege zu ennde volfarn und gehandelt werden."

[110]) B. 1, Th. 2, R. 54. „Sunst soll in phanndtungen nyemant kain Appellation zuegelaßen, noch gestattet werden."

[111]) B. 1, Th. 2, R. 54. „Damit nyemandt geverlicher weiß beswärt, sonnder hierinn stattlich gehandelt werde, sollen die Richter und Schätzer mit guetem Fleiß, bey jren Aidspflichten nach gannzen trewen die gephenndten Hab und Güeter beschätzen und beteüren on alle gefär, wie die umb par gelt wol werdt ist, und umb berayt gelt verkauft mag werden. Ob aber das nit beschehen und sich ain oder der ander Tail ob sollicher beschätzung bei unnserer Regierung im Lannde beswceren und beklagen, und sich der ennde aigentlichen, daß wider disc phanndtordnung gehanndelt were, befunden wurde, sollen die Beschätzer dem klagenden und beswärten tail, den Costen, so zu Erledigung diser beswer sich verloffen hat, nach mässigung und Erkanntnuß derselben unnserer Regierung abzutragen und zu enntrichten schuldig sein."

[112]) B. 1, Th. 2, R. 35. „So ainer umb Ligends oder Varends, umb Zynnß oder annder bekäntliche Schulden gephenndt, so soll das phanndt viertzehen tag stillligen, und wo der gephenndt das in den Zeit nit lößt, so soll das phanndt drey tag nacheinannder durch den Ambtmann oder Gerichtsfronpoter offenlich umb die gephent Summa berüeft werden. Nach solhen berüeffen sollen aber die phanndtungen drey tag die nächsten stillligen, und wo der gephennbt sein phanndtung umb die vailgefüert Summa gelts, mitsambt den Schäden über die phanndtung ergangen, in denselben dreyen tägen auch nicht lößte, so soll alßdann der Richter dem, der am maisten über die gephennt

werden [113]). Wenn kein Anbot auf das Pfand geschehen, mußte es der Executionsführer um den Schätzungspreis übernehmen; jedoch gewährte ihm die Landesordnung die Begünstigung, bei Liegenschaften ein Viertel, bei sogenannter guter Fahrhabe, z. B. Vieh, ein Drittel, bei sogenannter schlechter Fahrhabe, z. B. Stühl, Bänke, schon die Hälfte am Schätzungswerthe absetzen zu dürfen [114]). Bei Gold- und Silbergeschirr durften nur die Erzeugungskosten, bei Gülten und gewissen Zinsen hingegen gar nichts abgesetzt werden [115]). Betrug das dem Executionsführer vom Gerichte eingeantwortete Pfand mehr als die Summe, zu deren Deckung dasselbe dienen sollte, so mußte diese sogenannte Übertheur innerhalb vierzehn Tagen in Baarem oder in anderen Werthobjecten dem Gepfändeten zurückgestellt werden [116]). Auch stand innerhalb dieser Frist

---

Summa auf die phanndt gelegt hat, auf sein Anrueffen ain Stanngen Recht innerhalb acht tagen benennen und demselbem das gephenndt und vailgefüert phanndt mit ainen Stanngenurtail mit dem Gerichtsstab einanntwurten zu nutz und gewer, wie Gerichtgewonhait und Lanndtsrecht ist, setzen, auch an unser statt dabey hanndthaben."

[113]) B. 1, Th. 2, R. 36. „Es soll nyemand gestattet auf ain phanndt, es sey ligende oder varende Hab, mynnder dann den halben thail, des, so das phanndt zu faylen kauf und umb par gelt wol wert ist zu legen, und wo das beschehe, soll es nit eingeantwurt werden."

[114]) B. 1, Th. 2, R. 38. „Wann auf ligenden Stucken und Güetern, als Häuser, Acker, Weingarten, Wyßmadten und dergleichen gephenndt worden ist, soll der Vierdtail gannzer Summa des gephenndten und geschätzten Guets abgezogen, und das gephenndt Guet dem, so das phennden hat laßen, umb dieselb Summa, darumb gephenndt ist, mit dem abzug, wie obsteet, eingeantwurt werden; doch in dem allen der Herren Zynnß und Forderung, auch aines yeden gerechtigkait, so vor darauf weren, vorbehalten und denselben unschedlich."

B. 1, Th. 2, R. 40. „So aber auf guete varende hab, als pett, pettgewandt, haußrat, lebendig vihe, hauß- und kuchengeschirr, wullein und leinen tuech, hey, Stro und dergleichen varende hab gephenndt worden, alßdann soll von dem gephennten beschätzten guet der drittail gannzer Summa, wie das Guet beschätzt ist, abgezogen, und dem, so gephenndt hat, eingeantwurt werden."

B. 1, Th. 2, R. 41. „Ob aber auf böse varende hab, auf Stuel, Pannk, Tisch, Truhen, alt Wägen, Pflueg und anndern Höltzern, alt oder zerprochen, Roß- oder wagengeschirr gephenndt worden, soll halber tail der geschätzten hab, abgezogen und dem, so gephenndt, eingeanntwurtet werden."

[115]) B. 1, Th. 2, R. 39. „Wann aber auf Gülten und gewiße Zynnß, Gold oder Silbergeschirr und Clainater gephenndt, so sollen die Zynnß und Gülten nach gemainem Landtsgeprauch, wie die derselben Zeit erkauft werden, genng und gäb sein, und das Gold oder Silber nach seinem Grad und gewicht, was es halt, unangesehen ainichs Macherlons, das soll daran abgeen und verloren sein."

[116]) B. 1, Th. 2, R. 42. „Und so ein Überthewr erloffen befunden, dieselb soll alßdann durch den, dem die gephenndt hab oder güeter eingeantwurt, dem so gephenndt worden ist, innerhalb viertzehen tagen mit parem gelt oder anderm wert, wie er sich deß mit im vergleichen mag, genutzlichen entricht, vergnuegt, und bezalt werden"

dem Gepfändeten das Einstands- oder Einlösungsrecht (Loosung) in Bezug auf das in Handen des Executionsführers befindliche Pfand zu [117]).

Betrug die sogenannte Uebertheuer 100 fl. Rhein. oder mehr, und konnte der Executionsführer eidlich bestätigen, daß er nicht im Stande sei, binnen vierzehn Tagen selbe zu berichtigen, so wurde ihm hiezu eine Frist von sechs Wochen bewilliget. Wurde sie auch innerhalb dieser weiteren Frist, sei es wegen Zahlungsunfähigkeit oder aus Saumseligkeit, nicht bezahlt, so wurde der Gepfändete um den Betrag derselben zum Gläubiger des Executionsführers, und konnte dieselbe, wie eine eingestandene Schuld, ohne vorhergegangene processualische Verhandlung im Executionswege eintreiben [118]). Betrug das dem Executionsführer vom Gerichte eingeantwortete Pfand weniger als die Summe, zu deren Deckung es dienen sollte, sammt den erlaufenen Gerichtkosten, so stand es dem Gläubiger frei, zur Einbringung des noch mangelnden Betrages weitere Pfändungen am Vermögen des Schuldners im gesetzlichen Wege vornehmen zu lassen [119]).

Wenn Vieh gepfändet worden war, machte die Landesordnung eine Ausnahme von der Regel, daß Pfänder vierzehn Tage hindurch stillstehen sollten, um den Parteien die Unkosten bei diesen sogenannten essenden Pfändern zu ersparen. Das gepfändete Vieh mußte nämlich ehemöglichst geschätzt, an drei aufeinanderfolgenden Werktagen feilgebo-

---

[117]) B. 1, Th. 2, R. 43. „Und innerhalb derselben viertzehen tagen, soll auch der, so gephenndt worden ist, zu den gephenndten und eingeantwurten hab und guet mit parem gelt der haubtsumma samt Costen und Schäden an sich zu lösen losung haben. Dieselb losung soll im der, dem die phanndt eingeantwurt sein, also statt thuen."

[118]) B. 1, Th. 2, R. 44. „Ob aber die Überthewr ain hundert gulden Rheinisch oder mer, wie viel das sein möcht, sich erlauffen wurde, und der, dem solh hab und guet eingeantwurt, dieselb Überthewr innerhalb viertzehen tagen mit parem gelt dem, so gephenndt worden ist, zu betzalen und zu geben nit statthaft oder vermüglich were, und er das mit seinem Aid bestäten mag, alßdann soll er drey viertzehen tag die nechsten nach der einantwurtung haben, dieselb Übertheür dem gephenndten on ainichen vertzug Costen und Schaden mit parem gelt zu betzalen. Wo er aber die Erlegung und betzalung also nit thun und daran seümig erscheinen wurde, so soll dem gephenndten gleichermaßen umb antgetzaigt Übertheür als umb ain gichtige bekanntliche Schuld phennden und mit denselben Phanden zu verfaren, wie Lanndtsrecht ist, gestatt werden."

[119]) B. 1, Th. 2, R. 45. „Ob aber die gephenndten hab und güeter die haubtsumma der Schulden, darumb gephenndt ist, auch die Costen und Schäden darauf erloffen innhalt der Beschätzung nit erlauffen oder erraichen wurde, mag er dem man schuldig ist, umb den Außstanndt seiner Schulden weiter auf annder des Gelters hab und Gueter phennden und auch damit volfaren wie Recht ist."

ten, und am vierten Tage dem, der am Meisten, und jedenfalls mehr als die Hälfte des Schätzungswerthes geboten, zugeschlagen; wenn jedoch Niemand ein solches Anbot gemacht, dem Executionsführer, jedoch mit Absatz des dritten Pfennings, eingeantwortet werden [120]).

Von Sicherstellungsmitteln war das Verbot auf fahrende Güter allgemein in Uebung und auch vom Gesetze gestattet. Wer die Fahrhabe seines Schuldners mit Verbot belegen wollte, mußte sich dießfalls an das Herkommen des Ortes halten [121]).

In keinem Falle durften die an die Wägen gespannten Pferde und Ochsen der Fuhrleute („Wagner") und die beladenen Pferde der Säumer mit Beschlag belegt werden [122]). Ferners mußte die Verbotslegung innerhalb vierzehn Tagen, und bei Pferden, Ochsen und anderem Vieh binnen drei Tagen gerechtfertiget werden, widrigenfalls das Verbot erlosch und der Verbotswerber den allfälligen Schaden ersetzen mußte und noch außerdem vom Richter bestraft wurde [123]).

---

[120]) B. 1, Th. 2, R. 55. „Und wann yemanndt auf eßende phanndt phennden hat laßen, es sey groß oder klein vih, nachdem daßelbig vih dem, so gephennbt worden, zu großem nachtail und Schaden die viertzehen tag zu der Vailfüerung gehalten werden müeßt, denselben Schaden und nachtail zu verhüeten, und damit die unnderthanen deßelben Costen nit beswärn tragen, soll das gephennbt vih durch den Ambtmann oder Fronpoten, so die phenndtung gethan hingetriben und nachmalen zu dreyen den nägsten werchtagen nachainannder vailgefüert und am vierten tag dem, der am maisten und in allweg mer als den halben tail des, so daßelb vih wol werdt ist, darauf gelegt, oder wo nyemanndt darauf leget, dem, so gephennbt hat, durch den Richter und die Geswornen mit abslag des dritten phennings eingeschätzt und eingeantwurt werden."

[121]) B. 1, Th 2, R. 11. „In allen Stetten, Gerichten und Orten soll es hinfüro mit dem Verlegen, verpieten und Arrestieren gehalten und gebraucht werden, wie der ennde mit alten Herkomen im Brauch gehalten ist und yedes Orts Freyhaiten aufweysen."

[122]) B. 1, Th. 2, R. 10. „Aber die Wagner und Säumer, so jr vihe, Roß oder Ochsen, an den Wägen angespannt, oder die Säm auf die Roß geladen haben, die sollen dieselb Zeit nit aufgehalten, noch verlegt werden."

[123]) B. 1, Th. 2, R. 9. „Wer ainem sein Hab und Guet verpieten, verlegen oder arrestieren laßt, der soll das Recht zu sollicher hab in viertzehen tagen aber von vih als Roß, Ochsen und dergleichen, darauf aufgeende Schäden geen, in dreyen tagen den nechsten suchen, und dem gegentail, wo der im Lanndt ist, solhes verkünden und zu wißen thun laßen. Wo aber das der Verleger nit thuet, so soll dem gegentail die verpoten, verlegt oder arrestierte hab und Guet mit abtrag seiner erlitten schäden wieder ledig gelaßen und der verleger (wie sich gepürt) gestraft werden."

III.

Die Vorbereitung der Hauptverhandlung im franzöſiſchen Schwurgerichtsverfahren *).

Vom Herrn Dr. Julius Glaſer, ordentl. Profeſſor der Rechte in Wien.

§. 1. Anklageſchrift (Acte d'accusation).

Die Geſetzgebungen von 1791 und vom Jahre IV der Republik hatten die Anklagejury beibehalten. Nach dieſer Geſetzgebung hatte der Directeur du jury den Anklagegeſchwornen eine Anklageacte vorzulegen, welche die That und deren Umſtände, die Beſchädigten und die Beſchaffenheit der ſtrafbaren Handlung möglichſt genau beſchreiben mußte [1]). Die Anklagegeſchwornen konnten dieſes Actenſtück nur verwerfen oder

*) Aus einer noch unvollendeten größeren Arbeit.

[1]) In der Inſtruction vom 29. September 1791 heißt es: „L'acte d'accusation n'est autre chose qu'un exposé exact, mais précis, dans lequel on énonce que tel jour, à telle heure et en tel endroit, il a été commis un délit de telle et telle nature; que telle personne est l'auteur de ce délit, ou soupçonnée de l'avoir commis. Cet acte doit contenir tous les détails, toutes les circonstances qui ont précédé, accompagné et suivi le délit; en un mot, présenter dans toute leur étendue les faits, qui ont rapport au délit, de sorte que le lieu, le jour, l'heure, les personnes et le délit soient désignés le plus clairement possible. L'acte d'accusation n'est sujet d'ailleurs à aucune autre forme.“ — Damit ſtimmt auch Art. 229 des Code vom Jahre IV und das dieſem beigegebene amtliche Formular überein, welches das ſpätere résumé nicht zeigt, und in Wahrheit nur für die Feſtſtellung des Factums, des gegen den Beſchuldigten erhobenen Verdachtes und ſeiner Erläuterung darüber, nicht aber für eine zuſammenhängende Erzählung Raum läßt.

sich aneignen, an seinem Inhalte aber nichts ändern; so wurde es dann die alleinige Grundlage der Verhandlung, bei deren Beginne es zu verlesen war, und — vermöge der Frageſtellung, welche an seinen Inhalt im Wesentlichen gebunden war — des Wahrspruches der Geschwornen.

Dieses Verhältniß wurde durch den Wegfall der Anklagejury, durch die Einführung eines Verweisungserkenntnisses vollständig geändert. Die Gründe, welche man dafür vorbrachte[2]), sind, so weit sie die Anklageschrift betreffen, so oberflächlich, als nur möglich; denn sie beziehen sich nur auf die Schwierigkeiten und Gefahren, welche die Vorlegung einer schon formulirten und unabänderlichen Anklage bei der Anklagejury mit sich brachte, lassen aber die Frage, ob das Actenstück nicht durch das Verweisungserkenntniß entbehrlich gemacht sei, ganz unberührt, eben so wie die naheliegende Gefahr einer verwirrenden Divergenz der beiden Actenstücke. Mit Recht erklärten sich in Frankreich Männer, wie Hélie und Bonneville, gegen die Anklageschrift, denn sie bietet keinen Vortheil, welcher nicht schon durch das Verweisungserkenntniß gesichert ist, oder wenigstens durch eine gehörige, von den Fesseln des Considerants-Styls befreite Begründung desselben geboten werden könnte. Dagegen hat sie eine Unzahl von Schwierigkeiten und Verlegenheiten herbeigeführt, die alle darauf hinauslaufen, daß eine mit dem Verweisungserkenntnisse übereinstimmende Anklageschrift überflüßig, eine davon abweichende aber gefährlich ist. — Neu war übrigens die im Art. 241 C. d'I. angeordnete Aufnahme eines résumé und die dafür vorgezeichnete Formel. Thatsächlich kam wohl die Schlußformel schon früher öfter vor; allein diese gesetzliche Bestimmung, welche alle Formstrenge in die Schlußworte des Actenstückes concentrirte, gab damit den übrigen Inhalt, das Exposé, völlig dem Belieben der Staatsanwälte und ihrer stylistischen Inspiration preis, und steigerte die Versuchung zur Weitwendigkeit.

Die Anklageschrift ist jetzt jenes Actenstück, vermöge dessen die Staatsanwaltschaft der im Verweisungserkenntnisse enthaltenen, auch für sie bindenden Verfügung durch die formelle Erhebung der daselbst vorgezeichneten Anklage entspricht. Ihrem wesentlichen Inhalte nach durch das Verweisungserkenntniß bedingt, hat sie keinen entscheidenden Einfluß auf den Gang des Processes; sie wird bei Beginn der Assisenverhandlung neben dem Verweisungserkenntnisse verlesen, und ist zwar bei der Feststellung der an die Geschwornen zu richtenden Fragen maß-

[2]) Hélie Traité de l'Instruction criminelle VI. 411. 412. §. 442.

gebend, aber auch nur so weit sie nicht vom Verweisungserkenntnisse abweicht.

Die praktischen Zwecke, denen sie dient, sind jedoch folgende: Sie ersetzt die (ganz fehlende oder doch sehr oberflächliche) Begründung des im Verweisungserkenntnisse enthaltenen Ausspruches über die Thatsachen durch eine zusammenhängende Darstellung der Ergebnisse des bisherigen Verfahrens und erleichtert dadurch dem Angeklagten seine Vertheidigung, den Geschwornen die Orientirung in dem beginnenden Beweisverfahren. Diesem Zwecke gemäß soll die Anklageschrift weder Anträge stellen, noch ein Plaidoyer bringen; sie soll nichts sein, als eine actenmäßige Darstellung der im Verweisungserkenntnisse erhobenen Anklage, eine klare, leidenschaftslose, streng actenmäßige, unparteiische Sprache führen und das durch das Verweisungserkenntniß ihr vorgezeichnete Gebiet nicht verlassen.

Ihr Inhalt ist ein doppelter:

I. Die Darlegung des Ergebnisses der schriftlichen Untersuchung (narré, éxposé), welche namentlich „die Beschaffenheit des der Anklage zu Grunde liegenden Verbrechens — die That mit allen erschwerenden und mildernden Umständen — die deutliche Benennung und Bezeichnung des Beschuldigten" umfassen soll [3]).

II. Die Anklageformel (résumé): „In Folge dessen wird N. angeklagt, diesen oder jenen Mord, diesen oder jenen Diebstahl, dieses oder jenes andere Verbrechen mit diesen oder jenen Umständen begangen zu haben."

§. 2. Fortsetzung. Inhalt der Anklageschrift.

I. Die Darlegung des Ergebnisses der Untersuchung (narré) soll:

1. eine leidenschaftslose, völlig unparteiische sein. Durch unrichtige Angaben und Behauptungen, durch einseitiges Hervorheben belastender und Verschweigen entlastender Thatsachen, durch die der Verhandlung vorgreifende Bekämpfung der Vertheidigungsbehelfe würde sie gegen ihre Bestimmung verstoßen. Unter der Herrschaft des Code des

[3]) Die Anklageschrift beginnt mit den Worten: Der Generalprocurator ... legt dar, daß die Anklagekammer ... (Inhalt des Verweisungserkenntnisses). Der Generalprocurator erklärt, daß er in Ausführung dieses Erkenntnisses die Procedur, namentlich das Protokoll, ... nochmals geprüft habe, woraus sich Folgendes ergibt: .....

délits et des peines wurden zahllose Anklageschriften wegen solcher Mängel vernichtet; so z. B. am 4 brumaire VIII, „weil die Anklageschrift, statt die Thatsachen präcis und unparteiisch darzustellen, durch Heftigkeit der Ausdrücke die Stellung der Angeklagten zu erschweren sucht; weil sie überall die größte Parteilichkeit gegen dieselben an den Tag legt; weil man sie als große Uebelthäter, als reißende Thiere, die das Verbrechen unzweifelhaft begangen haben, hinstellt; weil man so weit geht, zu sagen, es sei unmöglich, daß sie nicht die Thäter seien, und weil man durch Reflexionen und durch Mittel jeder Art versucht, den Geschwornen die Ueberzeugung von der Schuld der Angeklagten aufzudrängen." Am 5. Mai 1808 ward eine Anklageschrift vernichtet, weil sie einen Entlastungsumstand verschwiegen hatte. — Unter dem Code d'Instruction ist nicht bloß jede Vernichtung der Anklageschrift weggefallen; sondern es ist (C. C. vom 11. März 1841) die vorausgehende Widerlegung der Vertheidigungsmomente für zulässig erklärt worden.

2. Sie soll durchaus actengemäß sein, d. h. ihren Inhalt nur aus den Acten der Untersuchung ziehen; unterbleiben muß aber die wörtliche Anführung der in der Voruntersuchung abgelegten Aussagen [1]).

3. Die Anklageschrift hat sich auf die im Verweisungserkenntnisse zugelassene Anklage ohne Hereinziehung ungehöriger Elemente zu beschränken; eine solche wird begangen:

a) durch Beschuldigungen gegen Personen, gegen welche keine Anklage (oder doch diese Anklage nicht) erhoben ist [2]):

---

[1]) Nach einer Entscheidung des Brüsseler Cassationshofes vom 12. Mai 1851 begründet dieß Richtigkeit wegen Verletzung des Princips der Mündlichkeit (die Anklageschrift wird nicht blos verlesen, sondern den Geschwornen in's Berathungszimmer mitgegeben, während die Vernehmungsprotocolle zurückzuhalten sind — art. 341 C. d'I.); dagegen können dieselben Aussagen im vollsten Umfange vorgebracht werden, sobald sie nur nicht in der Form des Protocolles, vielmehr als von der Staatsanwaltschaft erzählt erscheinen (Anspach Procédure devant les Cours d'Assises [Bruxelles 1856] p. 2).

[2]) Es sollte dieß sowohl in dem Falle gelten, wo Anderen überhaupt kein Proceß gemacht wurde, als in dem, wo man ihn gegen sie nicht weiter führte. In einem Falle der letzteren Art war nach älterem Rechte (C. C. v. 30 Frimaire XII) vernichtet worden. Ein Fall der ersteren Art, wo in einem politischen Processe die Anklageschrift die Abgeordneten B. Constant, Foy, Merartry und Laffitte als die eigentlichen Urheber des verfolgten Verbrechens bezeichnete, erhoben die so Bezeichneten Klage gegen den Generalprocurator. Diese Klage ward vom Cassationshofe (24. Dec. 1822) zurückgewiesen, weil „der Generalprocurator in der Anklageschrift Alles vereinigen soll, was ihm zur Qualification der Anklage und zur Beweisführung dienlich

b) durch Erwähnung von Anſchuldigungen, welche das Verweiſungserkenntniß ausdrücklich oder ſtillſchweigend fallen ließ[3]); — wogegen es unbenommen ſein ſoll, nicht blos Erſchwerungsumſtände, welche das Verweiſungserkenntniß nicht kennt, im erzählenden Theile der Anklageſchrift zu behaupten[4]), ſondern auch andere ſtrafbare Handlungen des Angeklagten zu erwähnen, wegen welcher dieſer aber nicht vor das Geſchwornengericht geſtellt wird[5]).

4. Sie ſoll die Umſtände der That und die Perſon des Angeklagten ſo deutlich bezeichnen, als dieß nach den Acten möglich iſt[6]).

II. Für die Anklageformel (résumé) gilt die Regel, daß die Anklageformel der Anklageſchrift mit der des Verweiſungserkenntniſſes der Sache nach genau übereinſtimmen ſoll.

Hieraus ergibt ſich aber für den Verfaſſer der Anklageſchrift die Gefahr, in zwei entgegengeſetzte Arten von Fehlern zu verfallen: ſolche, die dem Verweiſungserkenntniſſe und der Anklageſchrift gemeinſam ſind, und ſolche, die aus der Abweichung der letzteren von erſterem entſtehen:

1. Ueber den weſentlichen Inhalt des Verweiſungserkenntniſſes, und namentlich ſeines dispoſitiven Theiles, ſpricht ſich das Geſetz nicht aus[7]). Die Differenz rührt zum Theile daher, daß früher die ordonnance de prise de corps entweder ſchon von der Rathskammer erlaſſen und dann einzuſchalten war, oder erſt von der Anklagekammer erlaſſen und mit dem Verweiſungserkenntniſſe verbunden war; letzteres iſt ſeit dem Geſetze vom 16. Juli 1856 immer der Fall (Art. 232). Für dieſe Ordonnanz aber iſt vorgeſchrieben, ſie habe nebſt genauer

---

ſcheint" (ſiehe dagegen Hélie l. c. 418—420). Es verſteht ſich daher von ſelbſt, daß die Praxis des Caſſationshofes es billigt, wenn die Anklageſchrift von den Ausſagen bereits freigeſprochener Mitangeklagten Gebrauch macht (C. C. v. 28. Dec. 1838, Dalloz Répertoire verbo: Instruction criminelle N. 1190).

[3]) Hélie l. c. 417.

[4]) C. C. v. 15. April 1847, Dalloz N. 1198.

[5]) C. C. v. 4. März 1848, Dalloz N. 498. Rolland de Villargues Codes criminels, Instr. crim. art. 241 n. 39.

[6]) C. C. v. 20. Nov. 1833 erkennt an, daß Name, Signalement und Wohnort des Angeklagten anzugeben ſeien, ſofern die Unterſuchung das Material dazu bietet, aber auch nur dann; die Behauptung des Angeklagten, er ſei nicht die in der Anklageſchrift bezeichnete Perſon, ſei ein von der Jury zu würdigendes Vertheidigungsmoment.

[7]) Auch die bekannten Formulare ſtimmen nicht ganz überein; vergl. z. B. das Formular bei Rogron n. 30 und bei Lippert S. 276; bei Letzterem iſt im dispoſitiven Theile des Verweiſungserkenntniſſes nicht das Strafgeſetz citirt.

Bezeichnung des Angeklagten bei ſonſtiger Nichtigkeit eine ſummariſche Darlegung der Thatſachen und die geſetzliche Qualification des Gegenſtandes der Anklage zu enthalten. Als integrirender Theil des Verweiſungserkenntniſſes kann dieſe Ordonnanz zur Ergänzung der Mängel des letzteren benützt werden [8]). Der Zuſammenhang der beiden Anklageformeln mit den an die Geſchwornen zu richtenden Fragen bringt es indeß mit ſich, daß man verlangen muß, die Anklageformel im Verweiſungserkenntniſſe müſſe ſo beſchaffen ſein, daß ſie ohne Veränderung eines Wortes zum Wahrſpruche der Geſchwornen werden könne. Jeder Mangel, der am Wahrſpruche gerügt werden müßte, ſollte daher auch im Verweiſungserkenntniſſe ſchon vermieden ſein. Eben darum iſt die Staatsanwaltſchaft nicht verpflichtet, ſich unbedingt an den Wortlaut des Verweiſungserkenntniſſes zu halten, wenn dieſes in der bezeichneten Richtung mangelhaft iſt; vielmehr hat ſie die Anklageformel in der Anklageſchrift ſo weit zu berichtigen, als dieß ohne Abweichung vom eigentlichen Sinne des Verweiſungserkenntniſſes möglich iſt. In Folge deſſen ſind folgende Abweichungen vom Verweiſungserkenntniſſe für zuläſſig erachtet worden:

a) Weſentliche Erforderniſſe des Wahrſpruches dürfen in der Anklageformel nicht fehlen, auch wenn das Verweiſungserkenntniß ſie nicht unmittelbar formulirt hat; z. B. die weſentlichen Merkmale des Verbrechens, des Verſuches, der Mitſchuld [9]); ſie ſind daher aus den übrigen Theilen des Verweiſungserkenntniſſes heranzuziehen, ſo weit dieß ohne Widerſpruch mit den Intentionen der Anklagekammer möglich iſt.

b) Genaue Angaben über die näheren Umſtände der That (Ort und Zeit des Verbrechens, Gegenſtand desſelben u. ſ. w.) ſind zwar (zumal in der Anklageformel) nicht unbedingt erforderlich; allein ſie ſollten, wo ſie zu erlangen ſind, nicht fehlen, und wenn ſie im Verweiſungserkenntniſſe fehlen oder unrichtig angegeben ſind, ſollten ſie in der Anklageſchrift richtig geſtellt werden [10]).

2. Es iſt dagegen ganz unzuläſſig, daß die Anklageſchrift eine Abweichung vom Verweiſungserkenntniſſe biete, die mehr als eine Verbeſſerung des Ausdruckes nach dem wahren Sinne des Verweiſungserkenntniſſes oder die Berichtigung einer juriſtiſch-unerheblichen Ungenauigkeit wäre; insbeſondere iſt es unzuläſſig:

---

[8]) Dalloz N. 1202. Rolland art. 232 n. 7—9.
[9]) Carnot Code d'Instr. art. 141 n. VI. VII. Rolland art. 241 n. 14—18.
[10]) Hélie 421. Rolland art. 241 n. 29. 30.

a) Einen Anklagepunkt in die Anklageſchrift aufzunehmen, welcher im Verweiſungserkenntniſſe nicht enthalten iſt (art. 271);

b) die Qualification, welche das Verweiſungserkenntniß den Thatſachen geben wollte, eigenmächtig zu ändern [11]);

c) einen Erſchwerungsumſtand hinzuzufügen;

d) Anklagepunkte, weſentliche Merkmale des Verbrechens, Erſchwerungs- oder Milderungsumſtände wegzulaſſen.

§. 3. Fortſetzung. Aeußere Form der Anklageſchrift.

Die Anklageſchrift iſt vom Generalprocurator oder deſſen Stellvertretern zu verfaſſen, jedenfalls aber von ihm ſelbſt zu unterzeichnen [1]). Wenn das Verweiſungserkenntniß gegen mehrere Perſonen oder wegen mehrerer ſtrafbarer Handlungen ergangen iſt, iſt dennoch nur eine Anklageſchrift zu verfaſſen [2]). Andererſeits hat die Anklageſchrift immer nur Verbrechen zum Gegenſtande [2a]).

Die Anklageſchrift ſoll jedem Angeklagten ihrem vollen Inhalte [3])

---

[11]) Beiſpiele ſolcher für unzuläſſig erklärter Abweichungen kommen zahlreich vor; ſo die Anklage auf Nothzucht ſtatt auf attentat à la pudeur consommé ou tenté avec violence (C. C. v. 17. Febr. 1820); auf Tödtung aus Vorbedacht ſtatt auf abſichtliche, vorbedachte Verwundung mit tödtlichem Ausgange (C. C. v. 10. Febr. 1822); auf unmittelbare Beihilfe zum Diebſtahl ſtatt auf Hehlerſchaft (C. C. v. 22. Juli 1822. Dalloz n. 1195. 1197; Rolland n. 22–26). Dagegen hat man es als zuläſſig angeſehen, daß das Verweiſungserkenntniß auf Todtſchlag, die Anklageſchrift dagegen auf Mitſchuld am Todtſchlag geht (C. C. v. 12. Oct. 1843; Rolland n. 28). Den entſcheidenden Geſichtspunkt ſtellt Hélie p. 422 auf. Der Staatsanwalt kann das Verweiſungserkenntniß auslegen, einen ungenauen Ausdruck durch einen richtigeren erſetzen, wenn das Verweiſungserkenntniß dieſen nicht ausdrücklich ausſchließt, vielmehr poſitive Anhaltspunkte dafür bietet; aber er darf nichts ändern. So iſt es eine Frage der Auslegung des Verweiſungserkenntniſſes, ob bei einer Anklage wegen Verwundung der Zuſatz vorſätzlich geſtattet ſei.

[1]) Hélie p. 431, unter Berufung auf die Worte: sous la direction immédiate du procureur gen. im art. 45 des Decr. v. 6. Juli 1810. Der Brüſſeler Caſſationshof theilt dieſe Anſicht nicht (C. v. 12. Januar 1846, Anspach l. c. p. 1, Anm. 1).

[2]) Hélie p. 432.

[2a]) Carnot art. 241 n. I. Die Anklageſchrift umfaßt nicht auch geringere Delicte des Angeklagten. — Man nahm an, daß das Geſ. v. 26. März 1819, welches die Preßſachen an die Aſſiſen wies, die Anklageſchrift für dieſe Fälle ausſchloß. Rogron art. 241.

[3]) Jeder Angeklagte hat ein Recht auf die Zuſtellung der ganzen Anklageſchrift — auch jener Parteien, welche Mitangeklagte betreffen. Dagegen begründet die Nichtzuſtellung der gegen Mitangeklagte (wegen anderer Delicte) gerichteten beſonderen Anklageſchriften keine Nichtigkeit; unbeſchadet jedoch ſeines Rechtes, dieſe Mittheilung zu begehren (Rolland art. 242 n. 63).

nach durch Zustellung einer Abschrift mitgetheilt werden[4]); gleichzeitig soll dasselbe mit dem Verweisungserkenntnisse geschehen. Doch kann, wenn nur überhaupt beide Actenstücke zugestellt werden, das eine vor dem anderen mitgetheilt werden. Die Zustellung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften[5]).

Im Falle einer Vertagung der Hauptverhandlung oder einer Wiederholung derselben auf Grund der früheren Anklageschrift bedarf es keiner wiederholten Zustellung[6]).

Die Zustellung der beiden Actenstücke bildet den Ausgangspunkt für die Frist zur Uebermittlung der Acten in die Kanzlei des Assisenhofes und Ueberführung des Angeklagten in dessen Gefängniß (24 Stunden; — Art. 243, 291, 292); indirect für das Präsidentenverhör und den Lauf der Frist zur Anfechtung des Verweisungserkenntnisses und der freien Zeit, welche bis zur Verhandlung dem Angeklagten gelassen werden muß.

§. 4. Fortsetzung. Abhilfe gegen Verletzung der Regeln über die Anklageschrift.

Die Anklageschrift ist wegen ihrer Abhängigkeit vom Verweisungserkenntnisse kein Actenstück von wesentlicher Bedeutung; ihr Wegfall, wenn er durch das Gesetz ausgesprochen würde, ließe keine fühlbare Lücke zurück, und selbst wenn in einzelnen Fällen keine Anklageschrift vorhanden wäre, könnte man eben darum nicht unbedingt behaupten, daß ein wesentlicher Bestandtheil der Procedur fehle[1]).

---

[4]) Die Vorlesung, — die Zustellung eines auf das Verweisungserkenntniß Bezug nehmenden Actes oder sonst eines Auszuges genügt nicht; dagegen können Lücken der Abschrift, als durch das Verweisungserkenntniß unschädlich gemacht, angesehen werden (Rolland art. 242 n. 6—12).

[5]) Hélie 444.

[6]) Rolland n. 16. 17.

[1]) Selbst die Vorlesung der Anklageschrift in der Hauptverhandlung (Art. 313) ist nicht bei sonstiger Nichtigkeit angeordnet, und die Praxis sieht im Wegfalle dieser Vorlesung keinen Nichtigkeitsgrund (Hélie VIII 668; Carnot art. 313 n. III; Rogron art. 313; Rolland art. 313 n. 18 [die neueste dort angeführte C. C. v. 10. Dec. 1857; eine andere v. 10. Nov. 1849 ist mit Recht bedingt, „wenn der Angeklagte die Vorlesung nicht begehrt hat"]; Anspach p. 84). Nur Dalloz N. 2223 erklärt die Vorlesung des Verw. Erk. und der A. S. für eine wesentliche Förmlichkeit. — Auch bei der Fragestellung ist die Anklageschrift nicht unentbehrlich, weil der Präsident ohnehin auch das Verweisungserkenntniß berücksichtigen muß. — Andererseits ist es außer Zweifel, daß die Vernichtung des Verweisungserkenntnisses die Nichtigkeit der Anklageschrift zur Folge habe (Dalloz n. 1206).

Dennoch ist die Anklageschrift, so wie deren Abgang überhaupt, oder ein einzelner Mangel derselben geeignet, einen bedeutenden Einfluß auf den Gang des Processes zu üben. Sie ist einerseits ein wichtiges Mittel für die Anklage; ihre Schlußformel bedingt zunächst die an die Geschwornen zu richtende Hauptfrage. Andererseits erfährt der Angeklagte durch sie den genauen Inhalt der Anklage und erlangt eine klare Uebersicht der gegen ihn sprechenden Verdachtsgründe; ihre Vorlesung in der Hauptverhandlung, ihre Mitgabe in das Berathungszimmer der Geschwornen kann den Ausgang des Processes in mancher Beziehung bestimmen. Danach ist der Einfluß vorkommender Formfehler zu beurtheilen:

I. Gänzlicher Wegfall der Anklageschrift. Dieser Fall scheint in Frankreich noch nicht vorgekommen zu sein; allein unter der Voraussetzung, daß dem Angeklagten das Verweisungserkenntniß mitgetheilt ist, scheint mir dieser Mangel kein solcher, welcher absolute Nichtigkeit zur Folge haben muß; nur wenn Anklage oder Vertheidigung den Mangel gerügt und die Vertagung der Hauptverhandlung zu dem Zwecke, um Nachtragung des Fehlenden zu erlangen, vergebens beantragt hätten, wäre die Verhandlung selbst nichtig.

II. Unterlassung der Zustellung an den Angeklagten. Die Praxis des Cassationshofes nahm früher in diesem Falle keine absolute Nichtigkeit an, sondern ging davon aus, daß der begangene Formfehler durch das Schweigen des Angeklagten und die Unterlassung des Antrages auf Vertagung und nachträgliche Zustellung behoben werde. Die Bedeutung der Anklageschrift war nämlich unter der Herrschaft des Code des delits eine ganz andere, als unter der des Code d'Instruction; man war daher nach Einführung des letzteren weniger geneigt, wegen solcher Mängel, die sich auf die Anklageschrift beziehen, das Verfahren zu cassiren. Gerade in dem Wegfalle so vieler Anläße hiezu erblickte man einen wesentlichen Fortschritt des Verfahrens (Bourguignon Code d'Instruction art. 299 n. II; Dalloz n. 1188). Gegenüber der Nichtigkeitsbeschwerde, welche darauf gestützt ward, daß die Anklageschrift nicht zugestellt worden sei, beschränkte man sich Anfangs auf die Bemerkung, die Beobachtung des art. 242 sei nicht unter Nichtigkeitsandrohung vorgeschrieben (C. C. v. 21. Novemb. 1811, 20. April 1816, 31. Juli 1823, 20. Febr. 1824, 18. Januar 1828); später aber stützte man sich darauf, daß der Angeklagte weder beim Präsidentenverhör, noch bei Beginn der Hauptverhandlung sich über die unterbliebene Zustellung beschwert habe; aus dieser Unterlassung

wurde mitunter gefolgert, daß die Zustellung erfolgt oder doch wenigstens die Anklage genügend bekannt gewesen sein müsse (C. E. vom 26. Januar 1833); mitunter nahm man an, daß der Mangel durch die nachgewiesene Vorlesung der Actenstücke beim Präsidentenverhöre gedeckt sei (C. E. v. 28. Dec. 1838); mitunter ward die nach dem Wahrspruche erhobene Reclamation als eine verspätete erklärt (E. v. 24. Mai 1816; vom 26. Febr. 1836 u. m. a.). Einmal ward auch ausdrücklich anerkannt, „daß, wenn der Angeklagte, sich stützend darauf, daß ihm die Anklage wegen nicht erfolgter Zustellung der Anklageschrift und des Verweisungserkenntnisses nicht bekannt geworden sei, die Verschiebung der Sache bis zur nächsten Session begehrt, diesem Begehren bei sonstiger Nichtigkeit des verurtheilenden Erkenntnisses stattgegeben werden müsse" (C. E. v. 7. Febr. 1834) [2]). Seit 1845 ist man aber darüber einig, daß die Nichtzustellung der Anklageschrift [3]) (oder die Unmöglich-

---

[1]) Dalloz N. 1210; Rolland art. 242 n. 23. — Auch Carnot, welcher sonst sehr geneigt ist, Nichtigkeitsgründe aus dem Code des délits in den Code d'Instruction zu übertragen, ist (wenigstens in der ersten Auflage seines Buches) dieser Ansicht (art. 242 n. I), und wenn er bei Dalloz (n. 1211) und bei Anspach (S. 3 Anm. 8) als der theoretische Urheber des eingetretenen Umschwunges bezeichnet wird, so scheint sich das auf eine Bemerkung zu beziehen, welche Carnot (a. a. O. n. II) ausdrücklich auf die Procedur vor den Specialgerichten beschränkt.

[2]) Zuerst war in einer C. E. v. 16. October 1845 ausgesprochen worden, daß der art. 242 eine für das Recht der Vertheidigung wesentliche Vorschrift enthalte, und daß die Bekanntgebung der Anklageschrift und des Verweisungserkenntnisses für die gesetzliche Ausübung des Vertheidigungsrechtes unentbehrlich sei. In demselben Sinne ergingen Erkenntnisse am 12. Febr. 1846, 16. März 1848, 29. Juli 1852; letzteres besagt: „Die Bekanntgebung des Verweisungserkenntnisses und der Anklageschrift sei eine für die Vertheidigung wesentliche Förmlichkeit, weil diese Actenstücke bestimmt seien, den Angeklagten mit der gegen ihn erhobenen Anschuldigung bekannt zu machen; die Unterlassung dieser Förmlichkeit müsse daher die Nichtigkeit der Procedur zur Folge haben" (Hélie 436. 437; Dalloz n. 1211; noch mehrere andere Erkenntnisse in diesem Sinne, das neueste vom 6. Mai 1859 bei Rolland art. 242 n. 1). Die belgische Praxis war der französischen vorangegangen (Anspach führt schon Entscheidungen des Brüsseler Cassationshofes v. 26. April 1841, 15. Jänner und 17. October 1844 an). Mit der Feststellung des Grundsatzes eröffnete sich jedoch eine ganze Reihe von Schwierigkeiten. Die Zustellung muß bei sonstiger Nichtigkeit geschehen, und sie ist nicht als geschehen anzusehen, wenn die angebliche Abschrift nur ein Auszug war (vergl. §. 3 Anm. 3 und 4); wie aber, wenn die Abschrift lückenhaft oder ungenau ist? Es scheint nun feste Ansicht des Pariser Cassationshofes, daß solche Mängel (und darunter auch der der Nichterwähnung von erschwerenden Umständen in der Abschrift — E. v. 13. Febr. 1846) gedeckt seien, sobald der Angeklagte in der Hauptverhandlung nicht reclamirt; andererseits wird gefordert, daß die Unregelmäßigkeiten geeignet waren, die Vertheidigung zu beeinträchtigen, oder den Angeklagten über die Anklagefacta in Irrthum zu führen (E. vom 7. Febr. 1834, vom 27. Nov. 1845,

keit, die Zustellung nachzuweisen)[4]) die Nichtigkeit der ganzen nachfolgenden Procedur bewirke. Dabei scheint jedoch in der Regel vorausgesetzt zu werden, daß der Fehler sowohl das Verweisungserkenntniß als auch die Anklageschrift betrifft; die angeführten Gründe wenigstens treten nur in diesem Falle ein[5]).

III. Welche Bedeutung ist den innern Gebrechen der Anklageschrift beizumessen?

Man muß hier zwischen den natürlichen und den zufälligen Wirkungen der Anklageschrift unterscheiden:

a) Die Anklageschrift hat die doppelte Aufgabe, den Umfang des Verhandlungsgegenstandes abzugrenzen und den Wortlaut des künftigen Wahrspruches der Geschwornen vorzuzeichnen. Nach beiden Seiten hin kann sie wesentliche Mängel des Verfahrens hervorrufen; sie kann Veranlassung geben, daß einzelne Anklagepunkte ungehörig herein-

---

Rolland n. 10—12; Dalloz n. 1223. 1224; Anspach S. 3 Anm. 11 läßt erkennen, daß man in Belgien nicht so weit geht). Gegen letzteres ist nichts einzuwenden; ist aber ersteres nicht inconsequent? Jeder Angeklagte weiß, daß ihm die Anklageschrift mitgetheilt werden muß; jedenfalls muß der Vertheidiger in der Lage sein, den Mangel zu entdecken; und es scheint mir daher durchaus nicht unbillig, daß man verlangt, er solle den Mangel, der ihm auffallen muß, rügen, statt, mit dem sicheren Nichtigkeitsgrunde in der Tasche, das Glück eines ersten Wahrspruches zu versuchen. Dagegen kann die Zustellung einer Abschrift die Vertheidigung in der That sicher machen, und wenn die Abschrift in wesentlichen Dingen ungenau ist, kann eine Täuschung erfolgen, die vielleicht in der Hauptverhandlung gar nicht bemerkt wird; denn wer folgt der Vorlesung eines langen Actenstückes, das er zu kennen glaubt? Hier wäre gewiß die absolute Nichtigkeit eher am Platze, als dort.

[4]) Die Regel ist, daß ein ordnungsmäßiger Huissiersact vorliegen oder auf Verlangen dem Cassationshofe nachträglich vorgelegt werden muß. Man hat verschiedene Surrogate für den Notificationsact geltend zu machen gesucht; der Cassationshof läßt aber nur zwei gelten: das Zugeständniß des Angeklagten und die Vorbringung derselben Abschrift, die sich in dessen Händen befand (Hélie 454; Rolland n. 18—25). Welch' große Versuchung zur Heranziehung technischer Bedenken (über die Qualität des Huissiersactes u. s. w.) hier gegeben sei, wie bereitwillig sie benützt werde, läßt sich leicht denken (s. z. B. Dalloz n. 1224).

[5]) Nur der C. C. v. 2. April 1846 (Hélie 439) liegt ein Fall zu Grunde, wo ungeachtet der Zustellung des Verweisungserkenntnisses wegen Nichtzustellung der Anklageschrift allein vernichtet wurde. Allein alle Gründe, welche Hélie für die absolute Nichtigkeit vorbringt (p. 436), sind hier entkräftet: man kann hier nicht sagen, „daß es dem Angeklagten absolut unmöglich war, seine Vertheidigung vorzubereiten, da er weder die Beschaffenheit der Anklage, noch die Thatsachen, auf welche sich dieselbe stützt, kannte", noch „daß ihm das Recht der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Verweisungserkenntniß entzogen worden sei, da er es ohne Kenntniß des Actenstückes nicht ausüben konnte".

gezogen, andere ungehörig weggelassen werden, und daß der Wahrspruch eine Fassung erhält, welche ihn ungeeignet macht, dem Urtheile zur Grundlage zu dienen. In allen diesen Fällen tritt Nichtigkeit des Verfahrens ein, und es wird sodann auch die Anklageschrift selbst mit vernichtet werden. Die Gebrechen werden hier fast immer in der Anklageformel liegen. Gegen die Ausdehnung der Anklage auf ein im Verweisungserkenntnisse nicht vorgesehenes Verbrechen ist im art. 271 ausdrücklich Nichtigkeit angedroht; und die Praxis wahrt die Regel mit solcher Strenge, daß, als über ein solches Anklagefactum verhandelt und die darüber an die Geschwornen gestellte Frage von diesen verneint wurde, dennoch der übrige Inhalt des Wahrspruches cassirt wurde. In der C. C. v. 19. Nov. 1834 ist ausdrücklich gesagt: „Die Nichtigkeit trifft nicht blos die etwa erfolgende Verurtheilung, sondern unter allen Umständen auch die Verhandlung und die Anklageschrift; die Verhandlung über mehrere Anklagepunkte muß als eine einheitliche angesehen werden, und die Nichtigkeit eines Theiles macht daher das Ganze fehlerhaft; das Gesetz verlangt von den Geschwornen keine Rechenschaft über die Gründe ihrer Ueberzeugung, und da sie ihre Meinung nach dem Gesammteindrucke der Verhandlung bilden, ist es unmöglich, zu bestimmen, ob ihre Bejahung eines Anklagepunktes nicht theilweise durch den nichtigen Theil der Verhandlung herbeigeführt wurde." Dieß Alles ist auch richtig, sobald nicht blos die Anklageschrift, sondern auch die Hauptverhandlung auf das Factum ausgedehnt wurde; wie aber, wenn nur das erstere, nicht auch das letztere der Fall war? — Andere Mängel in der Schlußformel der Anklageschrift bewirken nur dann Nichtigkeit, wenn sie in die Frage an die Geschwornen übergegangen sind*). Demnach sind es nicht die Mängel der Anklageschrift selbst, welche die Nichtigkeit begründen, sondern nur die durch sie veranlaßten in der Hauptverhandlung begangenen Fehler; werden letztere vermieden, so bleibt das Verfahren giltig.

b) Die Anklageschrift kann aber, wie von Niemand bestritten wird, durch ihre leidenschaftliche, parteiische Haltung, durch Anführung unwahrer, actenwidriger Thatsachen, durch Heranziehung ungehöriger, dem Angeklagten seine Lage wesentlich und ungebührlich erschweren; sie kann ferner (s. oben §. 2. I. 2.) das Princip der Mündlichkeit

*) Treffend führt dieß Hélie (431) aus, welcher auch eine C. C. v. 29. Januar 1852 anführt, die allerdings nur den Fall betrifft, daß die Aufschrift der Anklageschrift auf Versuch der Brandstiftung statt auf Brandstiftung lautete.

weſentlich beeinträchtigen und namentlich die Vorſchrift des Geſetzes vereiteln, daß die in der Voruntersuchung abgelegten Ausſagen den Geſchwornen in das Berathungszimmer nicht mitgegeben werden dürfen. Man iſt in Frankreich ſo ziemlich einig darüber, daß alle dieſe Mängel einer Anklageſchrift die Nichtigkeit des Verfahrens nicht zu begründen vermögen[7]). Art. 232 des Code des délits hatte die Außerachtlaſſung der für die Anklageſchrift ertheilten Vorſchriften mit Nichtigkeit bedroht; zahlreiche Vernichtungen von Wahrſprüchen waren die Folge davon, und man konnte nicht zweifeln, daß die Nichtigkeitsandrohung im Code d'Instr. mit Bedacht weggelaſſen wurde; zumal, da gegen das eigentliche Surrogat des früheren Anklageactes, gegen das Verweiſungserkenntniß, jetzt ſelbſtſtändige Rechtsmittel gewährt wurden. Zahlreiche C. Entſcheidungen erkennen daher den Grundſatz an, daß die Redaction des Anklageactes Sache des öffentlichen Miniſteriums ſei, daß es aber, wenn der Beamte der Staatsanwaltſchaft dabei ſeine Pflichten verletzt, keine unmittelbare Abhilfe gebe, und ſelbſt kaum eine Klage gegen dieſen Beamten zuläſſig ſei (für letzt. namentl. Erk. der Requêten-Kammer des Caſſationshofes v. 24. Dec. 1822)[8]). Indeß hatte ſelbſt die Praxis jener Zeit, in welcher eine ausdrückliche Nichtigkeitsandrohung beſtand, in welcher die Anklageſchrift das von Geſchwornen genehmigte Werk eines Richters, des Directeur du Jury, war, zahlloſe Beiſpiele von groben Mißbräuchen an den Tag gebracht (ſ. §. 2 Anm. 1). Mit Recht hat man daher die kategoriſche Ausſchließung der Nichtigkeit ſchon früh bedenklich gefunden. Bourguignon z. B. führt einen unter der älteren Praxis vorgekommenen Fall an; es handelte ſich um einen Kindesmord, und die Anklageſchrift verſicherte, die Beſchuldigte habe bei ihren erſten Verhören angegeben, Niemand von ihrer Schwangerſchaft etwas geſagt zu haben; die Protocolle aber wieſen vielmehr aus, daß ſie eine Perſon bezeichnet habe, der ſie die Mittheilung gemacht habe. Der Anklageact ward mit dem ganzen nachfolgenden Verfahren vernichtet. Carnot erkennt an, daß der Zweck des Geſetzgebers geweſen ſei, frivole Nichtigkeitsbeſchwerden abzuſchneiden; allein er ſpricht die Anſicht aus, daß, wenn die Anklageſchrift Entlaſtungsmomente übergeht, ſie zu vernichten ſei, weil das keine Anklageſchrift im Sinne des Geſetzes wäre; es ſei ſonſt möglich, daß ein Umſtand der Würdi-

[7]) Hinſichtlich der Verletzung der Mündlichkeit ſ. jedoch S. 2 Anm. 2. — Im Uebrigen ſ. Dalloz n. 1188; Hélie VI 422 ff.
[8]) Dalloz n. 1193.

gung den Geschwornen ganz entzogen werde. Darin manifestirt sich nun allerdings ein großes Mißtrauen gegen die Vollständigkeit der Hauptverhandlung und gegen die Thätigkeit des Präsidenten wie des Vertheidigers. Viel bedenklicher als (in diesem Sinne) unvollständige sind offenbar solche Anklageschriften, welche darauf berechnet sind, die Leidenschaften gegen den Angeklagten aufzurufen, Vorurtheile gegen ihn zu erregen, kurz die Verurtheilung auf andere Art als durch Beweisführung zu erwirken. Solchen Anklageschriften gegenüber wagt Hélie nicht, die Regel, daß das Exposé der Anklageschrift keine Nichtigkeit begründen könne, kategorisch auszusprechen; es würde, meint er, sich kaum behaupten lassen, daß die Vertheidigung nicht gestört und das Verfahren ein regelmäßiges gewesen sei; allein es komme auf die Würdigung des einzelnen Falles an, und „ich beeile mich, hinzuzufügen, daß solche Excesse, welche die Theorie allerdings vorhersehen muß, nie vorkommen werden“ [9]). Dagegen scheint es mir, daß der Angeklagte das Recht habe, gegen die Vorlesung und Mitgabe einer solchen Anklageschrift Verwahrung einzulegen, und daß der Gerichtshof auf die Verwahrung hin die Vertagung der Verhandlung aussprechen müßte, um der Staatsanwaltschaft zur Einbringung einer neuen Anklageschrift — falls sie nicht vorzieht, die Verhandlung ohne Anklageschrift vor sich gehen zu lassen — Zeit zu geben. Die Verweigerung einer solchen Verfügung, wo sie mit Recht begehrt ist, begründet meines Erachtens eine Verletzung wesentlicher Rechte der Vertheidigung, und somit Nichtigkeit des Verfahrens.

IV. Die vorzeitige Veröffentlichung der Anklageschrift ist durch das Gesetz v. 27. Juli 1849 (art. 10) verboten worden. Es ist dieses Verbot, den officiellen Motiven zufolge, im Interesse des Angeklagten erlassen, und bindet daher die Staatsanwaltschaft nicht minder als das Publicum. Schon vor jenem Gesetze war indeß der Versuch gemacht worden, aus der Veröffentlichung der Anklageschrift vor Beginn der Hauptverhandlung eine Nichtigkeitsbeschwerde abzuleiten; allein er wurde in den zwei bekannt gewordenen Fällen [10]) deshalb zurückgewie-

[9]) Es ist leicht zu erkennen, wie auch hier die große Unklarheit, welche über die verschiedenen Arten der Nichtigkeitsgründe herrscht, sich wirksam zeigt und Inconsequenzen hervorruft. Daß art. 242 keine Nichtigkeitsandrohung enthält, davon glaubt man seit 1845 absehen zu dürfen; davon aber, daß vom art. 241 dasselbe gilt, nicht. Und doch droht dem Angeklagten von einer schlechten Anklageschrift mehr Gefahr, als von dem Mangel eines solchen Actenstückes oder seiner Notification.

[10]) C. C. v. 23. Juni 1836 und v. 12. Dec. 1840.

sen, weil die Veröffentlichung nicht verboten sei, im zweiten (Affaire Lafarge) auch noch aus dem weiteren Motive, weil das öffentliche Ministerium an der Veröffentlichung keinen Antheil habe. Der erste dieser beiden Gründe ist nunmehr weggefallen, der zweite muß nicht immer eintreten. Aber trotzdem könnte man wohl kaum behaupten, daß hier ein zureichender Grund für die Vernichtung vorhanden sei; — die Veröffentlichung der Anklageschrift würde sonst dem Angeklagten Straflosigkeit für immer sichern. Wohl aber mag darauf ein Vertagungs-Antrag gestützt werden [11]).

§. 5. Präsidentenverhör.

Art. 293 C. d'Instr. (entsprechend den älteren Gesetzen von 1791 und v. 3. brumaire IV) schreibt vor, daß der Präsident des Assisenhofes oder ein von ihm abgeordneter Richter den Angeklagten binnen 24 Stunden nach seiner Einlieferung in das Gefängniß des Assisenhofes zu vernehmen habe. Diese Vernehmung hat einen dreifachen Zweck. Der Angeklagte soll über die ihm gegen das Verweisungserkenntniß zustehenden Rechtsmittel belehrt — zur Bestellung des Vertheidigers veranlaßt — und schließlich in die Lage gebracht werden, sich über die Sache selbst auszusprechen, wenn er von seinen bisherigen Angaben abgehen und dadurch etwa die Ladung neuer Zeugen oder eine Ergänzung der Voruntersuchung nothwendig machen möchte. Wichtig ist für die Beurtheilung dieses Verhöres namentlich eine Entscheidung des Cassationshofes v. 12. Juli 1844, womit im Gegensatze zu älteren Entscheidungen (und seither constant) das Verhör als eine wesentliche Förmlichkeit, deren Unterbleiben Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge hat, erklärt wurde: „in Anbetracht, daß dieses Verhör, obgleich nicht unter Androhung der Nichtigkeit angeordnet, eine wesentliche Förmlichkeit ist, deren Beobachtung für die Entdeckung der Wahrheit sowohl im Interesse des Angeklagten, als in dem der Anklage unerläßlich ist .....; daß dasselbe — abgesehen von der Bestellung des Vertheidigers und von der Belehrung des Angeklagten über das gegen das Verweisungserkenntniß ihm zustehende Rechtsmittel der Cassation — zum Zwecke hat, demselben noch vor Eröffnung der Verhandlung die Möglichkeit zu bieten, die ihm nützlich scheinenden Aenderungen seiner in der Untersuchung abgelegten Aussagen vorzubringen, — den

[11]) Dalloz N. 1231.

Präſidenten mit den Modificationen des Verhandlungsmateriales bekannt zu machen, und daß endlich dieſes Verhör das gewöhnliche Mittel iſt, dem Präſidenten, der Staatsanwaltſchaft und dem Angeklagten die Nothwendigkeit einer Ergänzung der Voruntersuchung .... bemerkbar zu machen“ [1]). Auf die dadurch dem Präſidenten gebotene Gelegenheit, die Perſönlichkeit des Angeklagten näher kennen zu lernen [2]), ſcheint man in Frankreich wenig Gewicht zu legen [3]). — Eine ſehr große Bedeutung hat dagegen das Verhör als der formelle Ausgangspunkt der eigentlichen Vertheidigungsgeſchäfte.

Folgende Einzelheiten ſind hervorzuheben:

1. Das Verhör wird gegenwärtig als eine weſentliche Förmlichkeit angeſehen; wenn es unterblieben iſt, ſo tritt Nichtigkeit des ganzen nachfolgenden Verfahrens ein [4]).

2. Dieß gilt jedoch nur von ſolchen Perſonen, welche wegen eines Verbrechens vor die Aſſiſen geſtellt werden [5]). Auch braucht das Verhör nicht wiederholt zu werden, wenn eine Verſchiebung der Sache auf eine ſpätere Sitzung oder eine Vernichtung und Wiederholung der Hauptverhandlung ſtattfindet [6]).

[1]) Hélie VIII. 534. Faſt ganz übereinſtimmend C. C. vom 26. Juli 1844; Dalloz N. 1251 und mehrere andere. Dalloz N. 1252. Rolland art. 293 n. 2.

[2]) Würth S. 417; Hye-Glunek S. 268. Rulf II. 10. Regierungsmotive zur St. P. O. für Sachſen S. 253, dagegen Deput.-Bericht S. XLI (ſiehe Schwarze Commentar §. 268).

[3]) Die oben angeführte Entſcheidung vom 12. Juli 1844 ſpricht davon eben ſo wenig, als Hélie, obgleich dieſer es lebhaft (gleich Carnot) beklagt, daß der Aſſiſenpräſident das Verhör faſt nie ſelbſt vornimmt, ſondern dieſes Geſchäft anderen Perſonen überläßt. Man muß indeß bedenken, daß in ſehr vielen Fällen der Präſident nur die Wahl hat, ſich vertreten oder die geſetzliche Friſt verſtreichen zu laſſen. Freilich wird ein Richter, der die Acten nicht ſtudirt hat, wenig Gewicht auf die ihm unverſtändlichen Antworten des Angeklagten legen, und ein Richter, der nicht ſelbſt die Hauptverhandlung leiten ſoll, das Eingehen des Angeklagten auf die Sache eher abwehren, als begünſtigen. Das beweiſt aber eben, daß der ganze über die Formalien hinausgehende Nutzen des Präſidentenverhörs dem Zufalle preisgegeben iſt. Andererſeits gehört daſſelbe zu denjenigen Dingen, die am eheſten inquiſitoriſche Verirrungen des Präſidenten verurſachen können. Lacuiſine findet es nöthig, an die Feierlichkeit des Momentes zu erinnern: „Dans ce commerce intime de la justice humaine avec un malheureux sans appui, cette première mission du magistrat s'exercera dans les sollicitudes de sa prévoyance, comme plus tard elle s'accomplira dans les sévérités de la loi. A d'autres temps donc les fonctions rigoureuses, la crainte et ses émotions, le reproche et ses amertumes .....“

[4]) Siehe die Anm. 1 angeführten Entſcheidungen.

[5]) Rolland 293 n. 1.

[6]) Auch nicht nach einer Intermediär-Unterſuchung. Dalloz n. 1259. 1260 Hélie VIII. 534. Rolland n. 7—11. Anspach S. 6. Anm. 3.

3. Zur Vornahme des Verhöres iſt in erſter Linie der Aſſiſenpräſident oder ein von ihm delegirter Richter (art. 293 C. d'Instr.), im Falle der Abweſenheit oder Verhinderung des Präſidenten aber der Präſident des Gerichtes erſter Inſtanz am Sitze des Aſſiſenhofes (art. 91 des Decretes v. 6. Juli 1810) berufen. Da indeß angenommen wird, daß unter dem Aſſiſenpräſidenten nicht gerade derjenige Richter zu verſtehen ſei, welcher bei der Schwurgerichtsverhandlung gegen dieſen Angeklagten den Vorſitz führt[7]); da ferner auch dem Tribunalspräſidenten das Recht der Delegation eingeräumt wird[8]), und da ſchließlich von jedem Richter, der das Verhör vornimmt, vermuthet wird, er ſei dazu delegirt[9]), ſo kann man wohl als feſtſtehend annehmen, daß das Verhör giltig von jedem Richter vorgenommen werden könne[10]).

4. Ueber das Verhör muß ein Protocoll aufgenommen werden, welches die vom Angeklagten abgegebene Erklärung conſtatirt, und vom Präſidenten, dem Greffier und dem Angeklagten (falls dieſer nicht die Unterſchrift ausdrücklich verweigert) unterzeichnet ſein muß (art. 296 al. 2 C. d'Instr.). Fehlt eines dieſer Momente, ſo iſt das Verhör nicht genügend conſtatirt und das weitere Verfahren nichtig[11]).

5. Die vom Geſetze vorgezeichnete Friſt von 24 Stunden, binnen welcher das Verhör vorzunehmen iſt, läuft von dem Augenblicke, wo

---

[7]) Schon Carnot meint, daß, ſo lange der Aſſiſenpräſident der nächſten Seſſion nicht ernannt iſt, der der vorhergehenden durch das Geſetz berufen ſei, und in dieſem Sinne (theilweiſe aber auch unter Vorausſetzung einer Delegation des Zunächſtberufenen) gelangt man dahin, daß das Verhör giltig vornehmen könne: der Präſident der nächſt vorhergehenden ordentlichen und außerordentlichen Seſſion, oder auch der einer nachfolgenden außerordentlichen oder ordentlichen Seſſion. Der Umſtand, daß dieſer Präſident an der Fällung des Verweiſungserkenntniſſes theilgenommen hat, iſt kein Hinderniß. — Der Präſident kann einen anderen Richter delegiren, und zwar ohne dabei auf die Mitglieder des Aſſiſenhofes beſchränkt zu ſein. Die Delegation iſt, wie Carnot (art. 293 n. III.) bemerkt, eine allgemeine, und gibt dem Delegirten das Recht der weiteren Delegation (Hélie VIII 534 ff. Dalloz N. 1253. 1254. 1256. Rolland n. 13—18.

[8]) Bourguignon art. 293[a]). Dalloz n. 1255. 1256. Rolland n. 20. 22 (das Recht des Tribunal-Präſidenten geht von ſelbſt auf den Vice-Präſidenten über).

[9]) Hélie VIII. 536. Dalloz n. 1257. 1258.

[10]) In Belgien nimmt man wenigſtens Anſtand, das Präſidentenverhör vom Unterſuchungsrichter vornehmen zu laſſen (Anspach S. 6 Anm. 6), und gewiß mit Grund; allein in Frankreich begründet auch das keine Nichtigkeit (Hélie V. 99. VIII. 537. Dalloz n. 1256. Anspach a. a. O.).

[11]) Andere Formbedenken (z. B. daß das ganze Protocoll, einſchließlich der Antwort, gedruckt iſt, daß kein Dollmetſch beigezogen iſt) begründen keine Nichtigkeit. Hélie VIII. 539—543. Rolland n. 27—35. Morin V° Cour d'Assises Sect. II. §. 1. N. 28. Dalloz 1263—1266.

sowohl die Acten als der Angeklagte beim Gerichte des Assisenortes eingelangt sind [12]). Eine Verspätung hat an sich keine Nichtigkeit zur Folge [13]), allein sie bewirkt, daß die Rechtskraft des Verweisungserkenntnisses suspendirt bleibt [14]); und jedenfalls kann der Angeklagte verlangen, daß ihm zur Vorbereitung seiner Vertheidigung Zeit gegönnt werde [15]).

§. 6. Ergänzung der Voruntersuchung (Instruction complémentaire).

Art. 303. 304 Code d'Instruction.

Der Proceßgrundsatz, daß von richterlichen Amts wegen nicht blos in der Voruntersuchung, sondern auch in der Hauptverhandlung für die Entdeckung der Wahrheit zu sorgen sei, bringt es mit sich, daß in jedem Stadium des Processes die Möglichkeit geboten sein muß, die sich darbietenden Mittel zur Aufklärung des Sachverhaltes gerichtlich zu den Proceßacten zu bringen.

Andererseits ist mit dem Verweisungserkenntnisse die Sache in ein neues Stadium getreten; sie ist dem bisherigen Untersuchungsrichter ganz aus den Händen genommen; dem Angeklagten steht jetzt erst die Einsicht der Untersuchungsacten und der Verkehr mit seinem Vertheidiger offen, während er durch das Verweisungserkenntniß und die Anklageschrift erfährt, worauf es eigentlich in der Sache ankomme. Er kann es wünschenswerth finden, daß gewisse Erhebungen noch vor der Hauptverhandlung gepflogen werden, theils um für dieselbe genügend vorbereitet zu sein, theils um nicht unter den Zufällen zu leiden, welche möglicher Weise das Wegbleiben von Zeugen in der Hauptverhandlung bewirken.

Aus diesen Gründen ist es zulässig und nothwendig, daß nach Fällung des Verweisungserkenntnisses und vor dem Beginne der Haupt-

[12]) Carnot art. 183 n. I.

[13]) Dalloz n. 1261. Rolland n. 3. Das Verhör kann übrigens vor Ablauf der 24 Stunden, ja giltig selbst vor der Zustellung des Verweisungserkenntnisses und der Anklageschrift vorgenommen werden; doch ist dieß nicht zu billigen; auch läuft dann die Frist erst von der Zustellung. Rolland n. 4—6.

[14]) Art. 296 C. d'Instr. Freilich ist nicht geradezu ausgesprochen, daß nicht zur Verhandlung geschritten werden könne; nur, daß dem Angeklagten, wenn er nicht über sein Rechtsmittel belehrt ist, dieses für das Endurtheil vorbehalten wird.

[15]) Dalloz n. 1262. Es ist indeß nothwendig, zu berücksichtigen, daß die Bestellung des Vertheidigers und der Verkehr mit ihm vom Verhöre abhängen. In dem der C. C. v. 30. April 1841 zu Grunde liegenden Falle war der Angeklagte am 30. Jänner in's Gefängniß gebracht, aber erst am 8. März verhört worden; da indeß die Verhandlung erst 10 Tage später stattfand, nahm man an, daß dem Angeklagten Zeit genug gelassen worden, seine Vertheidigung vorzubereiten.

verhandlung Untersuchungsacte stattfinden; ihre Vornahme bildet das, was man die Zwischen- oder Ergänzungsuntersuchung (instruction intermédiaire et complémentaire) nennt. Ihre rechtliche Natur ist durch die oben bezeichneten Zwecke, auf welche sie sich zu beschränken hat, bezeichnet. Sie ist eine Fortsetzung der Voruntersuchung, die Nachtragung von Acten, deren Nothwendigkeit sich erst herausstellt, nachdem der Untersuchungsrichter sein Geschäft geschlossen hat; sie darf aber nicht von der an die Stelle des Letzteren tretenden Person dazu benützt werden, eine ihren Ansichten entsprechende Wiederholung und Verbesserung der Voruntersuchung zu bewirken.

Hieraus ergibt sich:

1. Zur Vornahme oder doch zur Leitung der Zwischenuntersuchungsacte ist in erster Linie der Assisenpräsident berufen; es gelten zwar hinsichtlich der Frage, wer als Präsident anzusehen sei und wer ihn vertreten könne, dieselben Grundsätze, wie beim Präsidentenverhöre; doch wird nicht bezweifelt, daß nur in Fällen dringender Nothwendigkeit ein anderer Richter, als derjenige, welcher in der Hauptverhandlung den Vorsitz führen soll, zur Anordnung der Zwischenuntersuchung berechtigt sei [1]).

2. Die Berechtigung des Präsidenten beginnt mit dem Augenblicke, wo einerseits seine Ernennung veröffentlicht ist, andererseits das Verweisungserkenntniß die Zuständigkeit des Assisenhofes begründet hat [2]). Sie endigt mit dem Momente, wo die öffentliche Verhandlung eröffnet wird [3]). Die Befugnisse, die der Präsident in der Zwischenuntersuchung übt, sind namentlich dadurch von seinem pouvoir discrétionnaire gesondert. Das pouvoir discrétionnaire kann der Präsident nur in offenem Assisenhofe, also in Gegenwart der anderen Richter und der Parteien, ausüben; wenigstens können die Erhebungen selbst, wenn auch einseitig angeordnet, nur so vorgenommen werden, und die Voraussetzung ist hier, daß Vorfälle in der Hauptverhandlung selbst einen Act der discretionären Gewalt nothwendig gemacht haben, eine Nothwendigkeit, über welche freilich der Präsident allein zu urtheilen hat. Dagegen ist diese Gewalt ein persönliches Attribut des Präsidenten, während er in der Zwischenuntersuchung nur im Namen und Auftrage des Assisenhofes handelt, so daß z. B. (art. 304) nur dieser und nicht der Präsi-

[1]) Hélie VIII 545. Rolland art. 303. n. 3. 4.
[2]) Es ist nicht nöthig, daß das Verweisungserkenntniß dem Angeklagten bereits mitgetheilt sei. Hélie 546. Rolland n. 1. 5.
[3]) C. C. v. 2. Oct. 1845 bei Rolland n. 2.

dent in der Zwischenuntersuchung ausgebliebene Zeugen bestrafen darf. Die practischen Consequenzen sind keineswegs unbedeutend; so erlischt mit der Eröffnung der Hauptverhandlung die Möglichkeit des Präsidentenverhörs, wie eben in der Anmerk. 3 angeführten Entscheidung des Cassationshofes ausgesprochen wurde, in einem Falle, wo der Präsident während einer Unterbrechung der Hauptverhandlung den Angeklagten in seinem Cabinete verhört, ihm ein Schriftstück abgenommen und es Sachverständigen zur Begutachtung zugewiesen hatte. Die Erhebungen in der Zwischenuntersuchung sind rechtlich den Acten der Voruntersuchung gleichgestellt, sind daher mehr als bloße renseignements; dagegen können Unregelmäßigkeiten der Zwischenuntersuchung unter Umständen Nichtigkeit der Hauptverhandlung herbeiführen, während, wenn die Ordonnanz des Vorsitzenden, vermöge welcher die Protocolle den Acten des Processes beigefügt werden, erst nach der Hauptverhandlung ergeht, das pouvoir discrétionnaire, auf welchem sie sodann beruht, jede Unregelmäßigkeit deckt[4]).

3. Der Präsident (und der seine Stelle vertretende Richter) kann die nachträglichen Erhebungen auch im Wege der Requisition vornehmen lassen[5]). In der Regel ergeht die Requisition an den Untersuchungsrichter des Bezirkes, wo die zu vernehmenden Personen wohnen[6]). Der requirirte Richter hat die von ihm aufgenommenen Pro-

---

[4]) C. C. v. 31. Juli 1847. Rolland n. 35,

[5]) Es ist sogar bezweifelt worden, ob der Präsident und sein Stellvertreter überhaupt das Recht haben, selbst Erhebungen vorzunehmen, und nicht vielmehr Andere requiriren müssen (Dalloz n. 1384); und in der That spricht art. 303 nur von dem Rechte der Requisition. Allein dieses Recht kann ja nur ein Ausfluß der dem Präsidenten unmittelbar zustehenden Befugnisse sein; überdieß läßt art. 304 keinen Zweifel daran, daß der Präsident die Zeugen selbst vorladen könne. Vergl. schon Carnot obs. III.

[6]) Der Präsident ist aber an diese Beschränkung nicht gebunden; er kann schon nach art. 303 auch den Untersuchungsrichter eines anderen Bezirkes requiriren. Auch an die Grenzen des Sprengels des Assisenhofes ist der Präsident nicht gebunden (Hélie 545, Anm. 4. Allein die daselbst angeführte C. C. vom 20. Jänner 1832 bezeichnet die Delegation eines Untersuchungsrichters eines anderen Assisenbezirkes als unregelmäßig; Rolland n. 20). So kann selbst ein Untersuchungsrichter aus dem Sprengel eines wegen Verdachtes der Parteilichkeit ausgeschlossenen Assisenhofes requirirt werden (Hélie 545), obgleich man meinen sollte, daß die Analogie des art. 431 dagegen streite. Auch die Ausschließung desjenigen Untersuchungsrichters, welcher die Voruntersuchung geführt hat, ist nirgends ausgesprochen. Dagegen hatte man früher Bedenken, ob statt des Untersuchungsrichters ein Friedensrichter requirirt werden könne, und schien dieß wenigstens in dem Falle für unzulässig zu halten, wenn der Friedensrichter und Untersuchungsrichter in demselben Canton wohnen (C. C. v. 3. Februar 1820, Dalloz 1347). Später setzte man sich über diese Bedenken hinaus, weil art. 303 indicativ, und nicht limitativ

tocolle im Originale versiegelt an den Greffier des Assisenhofes einzusenden[7]). Eine Ordonnanz des Präsidenten verfügt sodann, daß sie den Acten beizuziehen sei.

4. In Bezug auf die Beschaffenheit der vorzunehmenden Untersuchungsacte besteht keine Beschränkung; Alles, was in der Voruntersuchung zulässig gewesen wäre, ist es auch jetzt[8]). An die Anträge der Parteien ist er dabei nicht gebunden[9]), weder in dem Sinne, daß er sie abzuwarten hätte, noch in dem, daß er gehalten wäre, ihnen zu entsprechen. Er entscheidet über solche Anträge und über die ihm nöthig scheinenden Untersuchungsacte allein, ohne übrigens dabei an bestimmte Formen gebunden zu sein[10]).

5. Ueber den Umfang, welchen der Präsident seinen Erhebungen geben darf, herrscht keine völlige Klarheit. Auf der einen Seite ist die Analogie zwischen der Aufgabe des Untersuchungsrichters und der des Präsidenten auffallend; die Pflicht, alles für die Ermittlung der Wahrheit Nöthige zu thun, verträgt durchaus keine Einschränkung. Andererseits schließt das Gesetz den Untersuchungsrichter und jene Richter, welche an der Fällung des Verweisungserkenntnisses Theil nahmen, von dem Assisenhofe aus, und es kann daher unmöglich in seinem Geiste liegen, wenn der Präsident thatsächlich sich zum Untersuchungsrichter macht. Ueberdies spricht die einzige Gesetzesstelle, auf welcher die Zwischenuntersuchung beruht, nur von der Vernehmung „neuer" Zeugen. Man muß es daher als richtig ansehen, daß der Präsident bereits in der Voruntersuchung vernommene Personen nur über neu angeregte Thatsachen vernehmen dürfe. In keinem Falle aber darf er die Voruntersuchung wieder eröffnen und nach seinem Ermessen umgestalten: es muß vielmehr zu erkennen sein, daß die von ihm angeordneten neuen Erhebun-

---

zu verstehen sei (C. C. v. 7. Juli 1847, Hélie 545, Dalloz a. a. O.). Die Sache ist um so unbedenklicher, weil der requirirte Richter selbst wieder sich einen Friedensrichter und selbst einen Polizeicommissär substituiren kann (C. C. v. 11. Dec. 1856; Hélie 545, Anm. 7; Rolland n. 19.

[7]) Man will dadurch strenge Geheimhaltung erreichen (Carnot obs. VI).

[8]) So kann der Präsident Sachverständige beauftragen, den Plan der Oertlichkeiten aufzunehmen, die Bücher eines Kaufmannes zu prüfen; die Ausgrabung und Besichtigung einer Leiche anordnen. Hélie 550. Rolland n. 6. 9. 10.

[9]) Dalloz n. 1348 erwähnt zwar eine entgegengesetzte Meinung; allein dieselbe hat keine Anerkennung gefunden.

[10]) Rolland n. 14. 15.

gen auf irgend einer neuen Veranlassung beruhen, welche ein neues Beweismaterial in Aussicht stellte [11]).

6. Weder der Untersuchungsrichter noch der Staatsanwalt ist berechtigt, Acte der Zwischenuntersuchung vorzunehmen oder vornehmen zu lassen; werden die auf diese Weise aufgenommenen Protocolle in der Hauptverhandlung als Beweise benützt, so hat dieß Nichtigkeit der Verhandlung zur Folge [12]).

---

[11]) Hélie 546–550. Dalloz n. 1348. Eine C. E. v. 12. März 1836 hatte (im Sinne Carnot's art. 303 obs. I.) in einem Falle, wo der Präsident 28 Zeugen verhört hatte, Nichtigkeit des Verfahrens ausgesprochen, weil sich darunter viele bereits früher Vernommene fanden, „weil er somit einen Uebergriff begangen, die Competenzregeln verletzt und das Recht der Vertheidigung beeinträchtigt habe". Nicht lange darauf (am 22. April 1836) erwirkte Dupin ein Erkenntniß, durch welches eine solche wiederholte Vernehmung zweier Zeugen für giltig erklärt wurde: „Wenn art. 303 von neuen Zeugen spricht, so verbietet er doch nicht ausdrücklich die wiederholte Abhörung bereits Vernommener; vielmehr ermächtigt der ihn beherrschende art 301 zur Fortsetzung der Voruntersuchung, somit auch zu jedem rechtlich zulässigen Untersuchungsacte .... Das Recht, neue Zeugen zu vernehmen, schließt nothwendig das Recht ein, bereits abgehörte nochmals vorzurufen, um von ihnen die Angabe neuer Zeugen zu erlangen, oder durch sie die Aussagen der Letzteren zu prüfen." Diese letztere Wendung begünstigt allerdings noch eine einschränkende Auslegung, wie sie Hélie (im Wesentlichen in dem im Texte bezeichneten Sinne) mit schlagenden, aus der Natur der Sache gewonnenen Gründen zu vertreten sucht. Allein eine C. E. vom 22. April 1847 (Dalloz n. 1348) hebt ausdrücklich hervor, daß das Gesetz zwischen neuen und schon in der ersten Untersuchung gewonnenen Thatsachen nicht unterscheide (Rolland [n. 12] führt auch noch spätere Entscheidungen aus den Jahren 1852 und 1854 an). Und Hélie selbst kann nicht unterlassen, da, wo er von den zulässigen Untersuchungsacten spricht (551), hinzuzufügen: „Die einzige Bedingung ist, daß alle diese Maßregeln die Feststellung oder Erprobung neuer Thatsachen oder neuer Zeugen, oder die Vorbereitung der mündlichen Hauptverhandlung zum Zwecke haben."

[12]) In einem der C. E. vom 27. Aug. 1840 zu Grunde liegenden Falle hatte der Generalprocurator, um die Angabe des Angeklagten, seine Flinte sei zufällig losgegangen, weil er unversehens in einen Graben getreten, zu widerlegen, dem Friedensrichter aufgetragen, unter Beiziehung eines Sachverständigen die Oertlichkeit genau zu besichtigen und einen Plan aufzunehmen. Protocoll und Plan waren den Untersuchungsacten beigefügt (und somit jedenfalls den Geschworenen in ihr Berathungszimmer mitgegeben) worden. Das Verfahren ward vernichtet, weil der Generalprocurator sich Functionen angemaßt habe, welche nach Fällung des Verweisungserkenntnisses nur dem Assisenpräsidenten zukommen. — In einem anderen Falle hatte der Friedensrichter auf Befehl (oder auf Einladung) des Generalprocurators 78 Zeugen abgehört; und der Präsident das Vernehmungsprotocoll kraft seiner discretionären Gewalt den Acten einverleibt. Auch diesen Vorgang erklärte der Cassationshof (26. August 1847) für unregelmäßig, sah ihn aber als durch die discretionäre Gewalt, durch die (angenommene) Nichtmitgabe des Actes in das Berathungszimmer und durch die Unterlassung von Reclamationen bei der Hauptverhandlung gedeckt an (Dalloz n. 1345. 1347). Allein das unbestrittene Recht

7. Die Parteienrechte des Angeklagten sind bei Acten der Zwischenuntersuchung eben so beschränkt, wie in der Voruntersuchung. Er hat wohl das Recht, solche Untersuchungsacte zu beantragen (s. oben 4.), allein es braucht ihm keine Gelegenheit gegeben zu werden, sich beabsichtigten Erhebungen zu widersetzen, oder ihnen beizuwohnen [13]). Dagegen hat er ein Recht darauf:

a) daß die Protocolle über die Erhebungen, wenn sie den Acten beigefügt oder in der Hauptverhandlung gebraucht werden sollen, ihm zur Einsicht offen stehen, und

b) daß ihm die Vertagung der Hauptverhandlung bewilligt werde, wenn durch die Zwischenuntersuchung neue Umstände kurz vor der Hauptverhandlung an den Tag gebracht werden [14]).

8. Die Unregelmäßigkeiten, welche bei der Zwischenuntersuchung hervortreten, können doppelter Art sein; sie können:

a) aus der Verletzung der allgemeinen, für die Beweisaufnahme in der Voruntersuchung gegebenen und auch hier anwendbaren Regeln [15]) entstehen, oder

b) aus der Nichtbeachtung der vorstehend dargestellten, speciell für die Zwischenuntersuchung geltenden Grundsätze [16]).

Für Regelwidrigkeiten der ersteren Art hat bekanntlich die französische Praxis den Grundsatz aufgestellt, daß sie im Wege der Nichtig-

---

der Staatsanwaltschaft, für ihre Zwecke Nachforschungen zu veranlassen (z. B. um die nöthigen Materialien für die Zeugenliste zu gewinnen) einerseits, die unbegrenzte discretionäre Gewalt andererseits werfen auch hier alle Schranken nieder. So sind Fälle vorgekommen, wo die Staatsanwaltschaft Buchauszüge anfertigen, Personen durch einen Friedensrichter oder die Gendarmerie vernehmen ließ u. s. w., und wo das pouvoir discrétionnaire des Präsidenten die Protocolle den gerichtlichen Acten einverleibte, ohne daß Nichtigkeit eintrat! Deßgleichen ein Fall, wo der Untersuchungsrichter eigenmächtig die Untersuchung wieder eröffnet hatte. Hélie VIII. 493. Rolland n. 27—35.

[13]) Rolland n. 7. 8.

[14]) Hélie 550. Rolland n. 21. 22.

[15]) Daß diese Regeln auch hier maßgebend seien, ergibt sich aus dem Grundgedanken, daß die Zwischenuntersuchung eine Fortsetzung der Voruntersuchung sei; namentlich auch aus art. 283, welcher von dem Falle spricht, wo der Präsident die Functionen eines Untersuchungsrichters besorgt. Bei Rolland n. 13 liegt ein Fall vor, in welchem wegen unterbliebener Beeidigung eines Zeugen Beschwerde geführt wurde; sie ward vom C. H. (9. August 1838) nur aus dem Grunde zurückgewiesen, weil der vorher schon ordnungsmäßig vernommene Zeuge nur bei einer Ortsbesichtigung zur Ertheilung einiger Auskünfte beigezogen worden war.

[16]) Beispiele solcher Unregelmäßigkeiten ergeben sich aus den vorausgehenden Anmerkungen.

keitsbeschwerde gegen das Verweisungserkenntniß geltend gemacht werden müssen, sonst aber durch das letztere gedeckt seien [17]). Fallen sie nun, wie hier vorausgesetzt, erst nach dem Verweisungserkenntnisse vor, so sind sie durch letzteres nicht gedeckt; und wenn sie so beschaffen sind, daß die Nichtigkeit gegen sie ausdrücklich angedroht ist, müssen sie die Nichtigkeit der Hauptverhandlung zur Folge haben [18]).

Wenn jedoch die Nichtigkeit nicht ausdrücklich angedroht ist, dann wird die Unregelmäßigkeit wohl gleich jenen behandelt werden müssen, welche oben unter b) erwähnt wurden. Für diese aber wird im Allgemeinen der Satz aufgestellt, daß sie nur dann Nichtigkeit bewirken, wenn sie die Vertheidigung beeinträchtigen; bestimmter, wenn sie auf die Hauptverhandlung einen dem Angeklagten nachtheiligen Einfluß geübt haben [19]). Ob dieß der Fall sei, das hat der Cassationshof von Fall zu Fall zu beurtheilen; doch scheint es gegenwärtig festzustehen, daß eine Unregelmäßigkeit der Zwischenuntersuchung niemals die Nichtigkeit der Hauptverhandlung zur Folge haben kann, wenn das betreffende Protocoll weder in der Hauptverhandlung verlesen, noch den Geschwornen in ihr Berathungszimmer mitgegeben worden ist [20]). Mitunter ist als Grund der Abweisung einer Nichtigkeitsbeschwerde auch geltend gemacht worden, daß der Angeklagte in der Hauptverhandlung die Unregelmäßigkeit nicht gerügt habe [21]).

---

[17]) Hélie VI. 491 ff. (§. 445).

[18]) Denn sie gehören zur „instruction et la procédure qui auront été faites devant la cour d'assises" (art. 408). Eine C. E. vom 28. Februar 1833 Dalloz 2020, 3°. Rolland art. 408 n. 22), welche sich auf eine in dieselbe Zeit fallende Unregelmäßigkeit bezieht (Ungenauigkeit der Geschwornenliste), spricht aus, daß, wenn nach Beginn der Assisenverhandlung ein vermeintlicher Nichtigkeitsgrund entdeckt wird, der Assisenhof dennoch das Verfahren fortsetzen müsse, ohne dem Cassationshofe vorzugreifen.

[19]) Anspach S. 12, Anm. 6. Dalloz n. 1346.

[20]) Dalloz n. 1346, namentlich die dort angeführte C. E. v. 21. Nov. 1848. Vergl. die C. E. v. 17. Jänner 1856 (Rolland n. 4) und v. 20. Jänner 1832 (Rolland n. 20).

[21]) Dieser Grund ist z. B. in der oben Anm. 11 angeführten C. E. v. 26. August 1847 geltend gemacht. Vergl. noch die bei Dalloz n. 1349, bei Rolland n. 4, 20 angeführten Entscheidungen. Uebrigens ist auch die Reclamation des Angeklagten, sein Widerstand gegen die Benützung eines regelwidrigen Protocolles in der Hauptverhandlung lahm gelegt, seitdem der Cassationshof anerkannte (31. Juli 1847, Rolland n. 35), daß solche Protocolle vermöge der discretionären Gewalt des Vorsitzenden à titre de renseignement zugelassen und vorgelesen werden können. Vergl. auch die bei Rolland n. 29—33 angeführten Entscheidungen, von denen nur noch die v. 9. März 1855 erwähnt sei: es handelt sich um einen Fall, wo der Generalprocurator die Zeugen durch die Gendarmerie hatte vernehmen lassen. Vergl. oben Anm. 3 und 11.

§. 7. Vorbereitung des Beweismateriales. Art. 315. 321.

Die Entſcheidung über das in der Hauptverhandlung vorzuführende Beweismateriale ſteht drei verſchiedenen Factoren zu: den Parteien, dem Präſidenten kraft ſeiner discretionären Gewalt[1]) und dem Schwurgerichtshofe. Hélie bezeichnet das Recht des Aſſiſenhofes, neue Zeugen, deren Nothwendigkeit ſich in der Verhandlung herausſtellt, vorrufen zu laſſen, als ein ungeachtet des Stillſchweigens des Geſetzes unbeſtreitbares; und führt drei C. E. (v. 10. Dec. 1841, 16. October 1850 u. v. 12. März 1857) an, deren letzte bemerkt, der Aſſiſenhof ſei berechtigt, alle gewöhnlichen Unterſuchungsacte, welche nach allgemeinem Rechte zuläſſig ſind, und welche jede Jurisdiction habe, vermöge des Grundſatzes, daß der Richter alle geeignet ſcheinenden, nicht ausdrücklich verbotenen Mittel zur Aufklärung der Thatſache ergreifen könne, anzuordnen.

Trotzdem ſcheint die Sache in hohem Grade bedenklich. Die inneren Gründe, welche gegen ein ſolches Recht des Aſſiſenhofes ſprechen, ſind einleuchtend. Schon durch die unbegrenzte Gewalt des Vorſitzenden werden die Parteien um den Vortheil gebracht, den ihnen das Geſetz durch die Anordnung vorausgehender Mittheilung der Zeugenliſten ſichern wollte; indeß iſt doch noch wenigſtens das ihnen geſichert, daß die vom Präſidenten beigezogenen Perſonen, nicht als Zeugen beeidet, nur als Auskunftsperſonen behandelt werden. So wenig Werth man dieſer Unterſcheidung beilegen mag, ſo geht ſie doch ganz verloren, wenn das beſprochene Recht des Aſſiſenhofes zur Ausführung gelangt. Ueberdieß aber iſt zu berückſichtigen, 1. daß art. 315 wohl das Recht des Präſidenten wahrt, von dem Rechte des Aſſiſenhofes aber ſchweigt; 2. daß der art. 2 des Geſ. v. 5 pluviose XIII, welcher in gleicher Weiſe das Recht des Aſſiſenpräſidenten wahrte, ausdrücklich hinzufügte: „sans préjudice encore du droit de la cour de justice criminelle, d'ordonner dans le cours des débats, lorsqu'elle le jugera utile, que de nouveaux témoins seront entendus“[2]), 3. daß in einer Entſcheid. des C. H. vom 11. Sept. 1840[3]), welche die Aufgabe hat,

[1]) Art. 315 wahrt ausdrücklich das dem Präſidenten vermöge ſeiner discretionären Gewalt zuſtehende Recht, Auskunftsperſonen nach Belieben vorzuladen (art. 269). Vergl. auch C. E. v. 25. September 1824 bei Rogron art. 315.

[2]) Legraverend III. 183.

[3]) Hélie VII. 285. 286. Dalloz n. 893.

nachzuweisen, daß der Polizeirichter ein unbeschränktes Recht habe, Zeugen vorzurufen, das analoge Recht des Assisenhofes in auffallender Weise übergangen wird. Es heißt dort: „Jedes Gericht hat das Recht, von Amtswegen jeden Untersuchungsact anzuordnen, der ihm geeignet scheint, die Wahrheit an den Tag zu bringen; es ist das ein zur Beruhigung des Gewissens des Richters nothwendiges Recht des Richters, ein wesentlicher Bestandtheil seiner richterlichen Gewalt; dieses Recht ist in Civilsachen durch mehrere Artikel der Civilproceß-Ordnung, namentlich durch art. 254 ... anerkannt, im Verfahren wegen Verbrechen durch die art. 71, 87 und 88 C. d'Instr. für den Untersuchungsrichter, und im art. 269 für die Assisenhöfe; und obgleich in den die Polizei- und Zuchtpolizeigerichte betreffenden Capiteln sich keine ähnliche Bestimmung findet, muß sie doch hier, wie bei allen anderen Gerichten, Anwendung finden“ [4]).

Das gegenseitige Verhältniß der Parteien, des Präsidenten und des Assisenhofes ist so geordnet, daß dieselben im Wesentlichen nur die Ergänzung, nicht aber auch die Einschränkung des von Anderen vorgeschlagenen Beweismateriales bewirken können [5]), wobei wieder in erster Linie den Parteien, und unter diesen abermals der Staatsanwaltschaft die Hauptaufgabe zufällt [6]).

I. Der Assisenpräsident und der Assisenhof verordnen die Vorrufung (assignation) der Zeugen und Sachverständigen, deren Verneh-

[4]) Carnot (art. 315 obs. XIII.) sieht das Recht des Gerichtshofes als aufgehoben an.

[5]) Hélie VIII 683 ff.

[6]) Der Umstand, daß das Gesetz selbst (art. 321) den dürftigen Angeklagten darauf hinweist, die Vorladung von Entlastungszeugen vom Generalprocurator zu begehren, — die ganze Stellung der Staatsanwaltschaft in dem auf das Untersuchungsprincip gestellten Processe, Alles dieß läßt keinen Zweifel daran aufkommen, daß es die Pflicht der Staatsanwaltschaft sei, bei Aufstellung ihrer Zeugenliste auch auf die Entlastungsbeweise, die sich aus den Acten ergeben, Rücksicht zu nehmen. Formell ist aber die Staatsanwaltschaft vollkommen frei in dem Gebrauche, den sie von ihrem Rechte machen will. „Das Gesetz stellt die Anfertigung der Liste jener Personen, deren Zeugniß bei der Verhandlung nothwendig sein mag, vollständig der Staatsanwaltschaft anheim“, heißt es in einer C. C. vom 1. Sept. 1853 (vergl. diese und zahlreiche andere Entscheidungen bei Hélie VIII. 579; Rolland art. 315 n. 8 bis 18). Nach diesen Entscheidungen wird der Staatsanwaltschaft insbesondere auch das Recht eingeräumt, bei einer Verschiebung oder Wiederholung der Verhandlung in einer anderen Assisensitzung die Zeugenliste zu ändern. (Wenn aber in einem solchen Falle eine zweite Liste von Seite der Staatsanwaltschaft mitgetheilt wird, nimmt man an, daß dieselbe die erste Liste fallen gelassen habe. Belgische C. C. v. 21. März 1842; Anspach S. 48 Anm. 4).

mung ſie für nöthig erachten; den Vollzug dieſer Verfügung hat ſodann die Staatsanwaltſchaft zu beſorgen [7]). Zwar werden jene in dieſer Richtung in der Regel erſt während der Hauptverhandlung thätig; doch ſteht namentlich dem nichts entgegen, daß der Präſident ſchon vorher die Vorrufung verfügt, um ſodann zur geeigneten Zeit die Vernehmung ungehindert ausführen zu können [8])

II. Der Staatsanwaltſchaft, der Civilpartei und dem Angeklagten ſteht das Recht zu, Zeugen (und Sachverſtändige) in unbeſchränkter Zahl vorzuladen. Die Vorladung zu bewirken iſt Sache desjenigen, dem daran gelegen iſt, und ſie geſchieht auf ſeine Koſten. Andererſeits haben die Staatsanwaltſchaft und die Civilpartei dem Angeklagten, und hat Letzterer der Staatsanwaltſchaft die Liſte aller Vorzuladenden 24 Stunden vor Beginn der Hauptverhandlung mitzutheilen; unterbleibt dieß, ſo kann die Gegenpartei, welcher hätte Mittheilung gemacht werden ſollen, ſich der Zeugenvernehmung widerſetzen.

1. Die Ladung der Zeugen geſchieht durch Gerichtsvollziehersact, wobei übrigens keine beſonderen Förmlichkeiten vorgeſchrieben ſind [9]). Die Ladung ſelbſt, ohne Bedeutung, ſofern nur der Zeuge wirklich erſcheint [10]), wird von Wichtigkeit, wenn er ausbleibt, nicht blos wegen der gegen ihn ſelbſt zu ergreifenden Maßregeln, ſondern auch, weil die erfolgte Ladung des Zeugen die Vorausſetzung des im art. 354 erwähnten Vertagungsgrundes iſt [11]).

---

[7]) Es iſt dieß die Regel (Hélie VII. 648; Geſetz vom 22. Januar 1851, a. 30); doch ſteht dem Präſidenten auch jeder andere Weg offen. Rolland a. 269 n. 5.

[8]) Hélie VIII. 474; Rolland a. 278 n. 3 (C. C. v. 14. Juli 1853).

[9]) Rolland a. 315 n. 16. 17.

[10]) Art. 324 C. d'Instr. bemerkt ausdrücklich, daß die vom Generalprocurator und dem Angeklagten vorgeführten Zeugen auch dann zu vernehmen ſeien, wenn ſie nicht in der Voruntersuchung ausgeſagt haben, und wenn ſie keine Vorladung erhalten haben. Die letztere Beſtimmung begründet eine Abweichung von der für die Voruntersuchung im art. 74 ertheilten, aus dem älteren franzöſiſchen Rechte herrührenden Vorſchrift (vergl. darüber Carnot a. 74; Hélie V. 543), daß Ungerufene nicht zu vernehmen ſeien. (Auch das ältere ſchottiſche Recht kannte dieſes Verbot, bis es durch die Acte 9 Geo. IV c. 29 §. 10 aufgehoben wurde. Alison Practice of the Criminal Law of Scotland 1833, p. 394 s.) Indeß geſchieht im art. 324 der Civilpartei keine Erwähnung; darüber, daß hieraus folge, die Civilpartei könne die Vernehmung eines nicht ordentlich geladenen Zeugen nicht verlangen, iſt man einig. Manche (an der Spitze Carnot a. 324 obs. I, vergl. Rogron a. 325) ſehen hierin auch die Ausſchließung der Civilpartei von dem Rechte, in der Unterſuchung nicht vernommene Zeugen vorzuladen. A. M. Legraverend III. 181.

[11]) Art. 354 C. d'Instr. gibt dem Gerichtshofe das Recht, beim Ausbleiben eines geladenen Zeugen auf Requiſition des Generalprocurators die Ver-

2. Die Pflicht zur Mittheilung der Zeugenliſte obliegt der Staatsanwaltſchaft und dem Angeklagten gegenſeitig, ferner der Civilpartei dem Angeklagten gegenüber; dagegen iſt der Angeklagte weder ſeinen Mitangeklagten noch der Civilpartei, und Letztere iſt der Staatsanwaltſchaft gegenüber nicht dazu verpflichtet [12]).

3. Die Liſte muß Namen, Beſchäftigung und Wohnort [13]) aller Zeugen, welche die Partei vorladen läßt, angeben, und durch beſonderen Gerichtsvollziehersact [14]) dem Angeklagten in Perſon [15]), der Staatsanwaltſchaft aber in der Perſon des Generalprocurators ſelbſt, des Gerichtsſchreibers des Aſſiſenhofes oder des Secretärs der Staatsanwaltſchaft [16]) zugeſtellt werden.

4. Die Friſt von 24 Stunden, welche zwiſchen der Mittheilung der Zeugenliſte und dem Beweisverfahren verſtreichen muß, iſt eine Minimalfriſt [17]). Sie beginnt mit der Stunde der Zuſtellung, welche

---

ſchiebung der Sache zur nächſten Aſſiſenſitzung auszuſprechen. Es iſt außer Zweifel, daß dieſes Recht dem Generalprocurator auch dann zuſtehe, wenn der Zeuge nicht auf ſeinen Antrag geladen iſt. Streitig dagegen iſt, ob auch der Angeklagte einen ſolchen Antrag ſtellen oder nur den Generalprocurator darum erſuchen könne. Die ältere Praxis war (mit Carnot a. 354 obs. VI. VII) der ſtrengeren, die neuere wendet ſich (mit Hélie VIII. 675) der dem Angeklagten günſtigeren Anſicht zu. Hélie fügt hinzu, daß auch der Angeklagte den Antrag auf das Ausbleiben eines von der Staatsanwaltſchaft vorgeladenen Zeugen ſtützen könne, da ihn ja das Geſetz ſelbſt ermächtigt, den Staatsanwalt um die Vorladung von Zeugen zu erſuchen. (Siehe auch Rolland a. 354 n. 12. 13.)

[12]) Anspach p. 43. Hélie VIII. 580. Legraverend III. 180.

[13]) Nach dem älteren Code (welcher übrigens dem Angeklagten die Verpflichtung zur Mittheilung einer Zeugenliſte nicht auferlegte — a. 346 und 356 Code des délits, Carnot a. 315 C. d'Instr. obs. III) war auch noch die Bezeichnung des Alters erforderlich. Ungenauigkeit in einer dieſer Angaben begründet übrigens keine Einwendung gegen die Giltigkeit der Notification, vorausgeſetzt, daß dem Gegner dadurch nicht unmöglich gemacht wurde, jene Erkundigungen nach der Perſon des Zeugen anzuſtellen, welche den Zweck der Mittheilung bilden (Hélie VIII. 580. 581). Es iſt nicht nöthig, daß die Zeugenliſte in die Sprache des Angeklagten überſetzt ſei (Anspach p. 44, Anm. 10).

[14]) Anspach p. 44, Anm. 13. Hélie l. c. Ungenauigkeiten in dem Gerichtsvollzieheract werden außer Acht gelaſſen, wenn nur nicht zu bezweifeln iſt, daß der Angeklagte die ganze Liſte rechtzeitig erhalten habe (Rolland a. 315 n. 23—27. 31).

[15]) Namentlich genügt die Uebergabe an den Gefängnißwärter nicht. (Schon nach einer C. C. v. 17. prairial IX. Carnot obs. X.) Eben ſo wenig die an einen von mehreren Mitangeklagten, und wären dieſe ſelbſt Eheleute. Rolland a. 315 n. 28—30. Anspach p. 44, Anm. 11. Legraverend III. 180. Morin V° Témoin n. 11.

[16]) Anspach l. c. Anm. 12. Legraverend l. c.

[17]) Es ſteht daher nichts entgegen, daß die Mittheilung ſelbſt längere Zeit vor der Hauptverhandlung erfolge. Legraverend III. 178. Ob aber im Falle

daher auf dem Gerichtsvollziehersacte zu bemerken iſt[18]), und endiget in dem Augenblicke, wo das Beweisverfahren beginnt; genauer: wo der Generalprocurator die abgeſchloſſene Geſammt-Zeugenliſte (IV) dem Gerichtshofe überreicht. Die Bedeutung des im art. 315 gebrauchten Ausdruckes „24 heures au moins avant l'examen des témoins" iſt ſtreitig, und doch von großer praktiſcher Bedeutung. Merlin hielt ſich daran, daß nach dem Geſetze die vom Generalprocurator nach Vortrag der Anklage vorzulegende Zeugenliſte nur ſolche Zeugen enthalten dürfe, deren Namen u. ſ. w. gehörig mitgetheilt ſind. In dieſem Momente alſo müßte der geſetzlichen Forderung auch bezüglich der Friſt entſprochen ſein. Der C. H. entſchied Anfangs wiederholt in dieſem Sinne (C. C. vom 5. Nov. 1812 und vom 12. April 1827), und zwar ſo, daß die Worte „avant l'examen" auf den Moment der Eröffnung der Hauptverhandlung zu beziehen ſind. — Für dieſe Entſcheidung wird ſachlich geltend gemacht[19]), daß während der Hauptverhandlung die Parteien durch dieſe in Anſpruch genommen und daher außer Stande ſeien, jene Nachforſchungen anzuſtellen, zu welchen ihnen durch die Mittheilung der Liſte Gelegenheit gegeben werden ſoll. — Seit langer Zeit hat ſich jedoch der C. H. einer laxeren Auffaſſung zugewendet, nach welcher die Friſt bis zum Momente der Vernehmung des einzelnen Zeugen läuft[20]). Vom Standpunkte der bloßen Auslegung ſpricht für dieſe Praxis Folgendes: Unter der Herrſchaft des Code des délits war wie-

der Verſchiebung der Hauptverhandlung auf die nächſte Aſſiſenſitzung oder der Wiederholung derſelben in Folge der Caſſation die alte Zeugenliſte noch Geltung habe? Es ſcheint ſo, da ſonſt die in Anm. 6 erwähnten Fragen nicht hätten auftauchen können.

[18]) Hélie VIII. 581. Legraverend III. 181. Daß die 24 Stunden voll eingehalten ſein müſſen, und daß das Zeugenverhör nicht ſtattfinden könne, wenn deutlich erkennbar iſt, daß die Friſt nicht abgelaufen ſei, iſt unbeſtritten (Carnot a. 315 obs. 11). Wenn alſo die Stunde nicht oder in unverläßlicher Weiſe angegeben iſt, muß man offenbar mit der Berechnung bis an den Anfang des nächſten Tages gehen. Dennoch iſt behauptet worden, daß, wenn die Mittheilung nur überhaupt am Tage vor der Hauptverhandlung erfolgt ſei, eine geſetzliche Vermuthung beſtehe, daß die Friſt eingehalten ſei (C. C. vom 26. Juni 1828, 27. Sept. 1832. Hélie 581. 582. Rolland n. 32). Es iſt aber nicht abzuſehen, worauf dieſe Vermuthung ſich ſtützen, noch wozu ſie nöthig ſein ſollte; die Sache muß ſo bald nach dem Vorfalle zur Sprache kommen, daß der Zweifel über die Stunde der Mittheilung an den Gefangenen ſehr leicht gehoben werden kann.

[19]) Legraverend III. 182. Hélie VIII. 583. Auch in (Ruppenthal's) Materialien zur Reviſion der rheinpreußiſchen Strafproceßordnung Art. 274 heißt es: Beginn der Sitzung. — Der entgegengeſetzten Anſicht ſind Bourguignon nnd Carnot.

[20]) C. C. vom 16. November 1844, 18. Juni 1846, 24. Januar 1850. Hélie a. a. O. Rolland n. 33. Morin V°. Témoin n. 10.

derholt in dieſem Sinne entſchieden worden (23 frimaire XIV, 27. Auguſt 1807, 20. Mai 1808; ſ. Carnot obs. XIII — freilich auf Grund des oben Seite 98 erwähnten Geſetzes vom J. XII —. Dennoch fügt der Code d'Instr. den im art. 346 des Code des délits vorkommenden Worten avant l'examen (dem techniſchen Ausdrucke für die Hauptverhandlung) die beſchränkenden Worte des témoins bei. Die Frage iſt von großer Bedeutung, weil an ſie die Frage geknüpft wurde, ob nach Eröffnung der Hauptverhandlung nachträgliche Liſten (listes supplétives) zuzulaſſen ſeien. Daß der Zuſammenhang kein untrennbarer ſei, geht ſchon daraus hervor, daß z. B. Carnot und Legraverend ſich für die Zuläſſigkeit der Nachtragsliſten ausſprechen, obgleich Erſterer den Termin bis zur wirklichen Vernehmung des Zeugen laufen läßt, Letzterer die ſtrictere Auffaſſung nachdrücklich vertrittt. Indeß jene älteren Entſcheidungen des Caſſationshofes waren auch gegen die Nachtragsliſten gerichtet; die neueren laſſen ſie zu[21]), unter der Vorausſetzung natürlich, daß die Notification der Vernehmung des Zeugen um 24 Stunden vorhergegangen ſei.

Das Richtige ſcheint nun zu ſein, daß, wenn ſchon dem Gerichtshofe das Recht zugeſprochen wird, Zeugenvernehmungen während der Hauptverhandlung anzuordnen, den Parteien nur mehr das Recht bleiben ſollte, einen hierauf gehenden Beſchluß des Gerichtshofes zu beantragen, während andererſeits in ſolchem Falle der Gegenpartei 24 Stunden zu Erkundigungen um die Perſon des Zeugen auf ihr Verlangen offen gelaſſen werden ſollten.

Ueber den Vorgang bei der Einbringung einer Nachtragsliſte bemerkt Legraverend: dieſelbe ſei bei Beginn jener Sitzung, welche dem Ablaufe der 24ſtündigen Mittheilungsſchrift folge, vorzulegen.

III. Dem Angeklagten, welchem die Mittel zur Beſtreitung der Ladung von Zeugen fehlen[22]), ſind jetzt zwei Wege geöffnet: er kann ſich an den Generalprocurator wenden und dieſen um die Aufnahme der von ihm vorgeſchlagenen Perſonen in die Liſte der Staatsanwaltſchaft erſuchen (a. 321)[23]), — er kann aber auch auf Grund des a. 30

[21]) Z. B. C. C. v. 27. Juni 1850. Rolland n. 34.

[22]) Neben den Koſten der Ladung ſind auch noch die Zeugengebühren von demjenigen zu beſtreiten, der die Ladung bewirkt (a. 321).

[23]) Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß die Bewilligung ganz von dem Ermeſſen der Staatsanwaltſchaft abhängt, und daß hierin (ſo lange dieß der einzige Ausweg war) eine der auffallendſten Schattenſeiten des franzöſiſchen Strafproceſſes lag, wenn gleich der Berichterſtatter über den Entwurf des Geſetzes v. 22. Januar 1851 angibt, nach ſeiner Erfahrung habe die Staats-

des Geſetzes über das Armenrecht in Juſtizſachen (assistance judiciaire) v. 22. Januar 1851 den Präſidenten um die Veranlaſſung der Vorladung der Zeugen erſuchen. Die Bitte wird bewilligt, wenn der Präſident die Mittelloſigkeit nachgewieſen findet und erachtet, „daß die Ausſage des Zeugen der Entdeckung der Wahrheit dienlich ſein werde". Dieſelbe Formel gilt zwar auch als Richtſchnur für die Staatsanwaltſchaft (a. 321). Dennoch iſt es, abgeſehen von der größeren oder geringeren Wahrſcheinlichkeit des Erfolges, keineswegs gleichgiltig, welcher Weg eingeſchlagen wird. Der von der Staatsanwaltſchaft, wenn auch auf Bitte des Angeklagten geladene Zeuge muß auf die Liſte der Staatsanwaltſchaft, welche dem Angeklagten mitzutheilen iſt, geſetzt ſein und erſcheint in jeder Beziehung als Belaſtungszeuge. — Andererſeits ſcheint aus a. 315 hervorzugehen, daß die dort erwähnte Liſte die auf Befehl des Präſidenten geladenen Zeugen nicht umfaſſe; es wird daher weder nöthig ſein, daß ſie der Staatsanwalt dem Angeklagten, noch daß ſie dieſer jenem mittheile. Der Zeuge iſt aber, wenn er auf Anſuchen des Angeklagten vom Präſidenten geladen wird, im Uebrigen unzweifelhaft als Entlaſtungszeuge zu behandeln; namentlich iſt er, ungeachtet ſeine Vorladung kraft des (allerdings ausnahmsweiſe ſchon vor der Hauptverhandlung ausgeübten) pouvoir discrétionnaire erfolgt, zu beeidigen.

Daß es ſich um eine discretionäre Befugniß handle, iſt unbeſtreitbar; und es mag daraus formell zu folgern ſein, daß im Falle der Zurückweiſung der Bitte keine förmliche Ordonnanz nöthig ſei, und gewiß iſt, daß dagegen kein eigentliches Rechtsmittel offen ſtehen könne[24]). Unbegreiflich wäre es aber, wenn die C. E. v. 23. März 1855 wirklich, wie bei Rolland a. 321 n. 25 (nicht aber auch bei Hélie VIII 528) angegeben iſt, ausgeſprochen haben ſollte, daß der Präſident nicht gehalten ſei, dem Angeklagten die Ablehnung ſeiner Bitte zu eröffnen! Sollte wirklich zuläſſig ſein, daß der Angeklagte durch ſolches Schweigen abgehalten wird, die Ladung des Zeugen auf andere Weiſe zu erwirken? —

IV. Aus den verſchiedenen einzelnen Zeugenliſten hat die Staatsanwaltſchaft eine Geſammtzeugenliſte zu bilden, welche ſie in der Hauptverhandlung nach der mündlichen Entwickelung der Anklage dem Gerichtshofe vorlegt. Dieſe Liſte bildet die regelmäßige Grundlage des

anwaltſchaft von ihrem Rechte jederzeit einen nicht blos unparteiiſchen, ſondern ſelbſt weiten und großmüthigen Gebrauch gemacht. Hélie VII. 647.

[24]) Das Recht, den Antrag in der Hauptverhandlung an den Aſſiſenhof zu ſtellen, muß dem Angeklagten wohl jedenfalls bleiben.

Beweisverfahrens; d. h. es gilt als Grundsatz, daß alle in dieser Liste verzeichneten Personen, und nur diese, in der Hauptverhandlung vernommen werden sollen.

Dieser Hauptgrundsatz erfährt jedoch vielfache Modificationen:

1. Es ist selbstverständlich, daß, wenn aus Versehen eine Person, ungeachtet ordnungsmäßiger Notification, aus der Liste weggeblieben ist, dies der Partei, auf deren Betrieb die Ladung erfolgte, nicht zum Nachtheile gereichen könne.

2. Wenn umgekehrt in der Liste eine Person aufgeführt ist, welche nicht gehörig notificirt wurde, so hat jene Partei, an welche die Mittheilung hätte geschehen sollen, das Recht, sich der Vernehmung des Zeugen zu widersetzen[25]). Wird aber der Einspruch nicht vor der Beeidigung[26]) des Zeugen erhoben, so ist damit jede etwa vorgefallene Unregelmäßigkeit gedeckt[27]), ja selbst dem Assisenhofe unmöglich gemacht, dieselbe zu berücksichtigen[28]). Der Zeuge muß in diesem Falle, wenn er vernommen wird, bei sonstiger Nichtigkeit beeidigt werden[29]). Erfolgt Einspruch[30]) (opposition), so hat der Gerichtshof darüber bei

---

[25]) Eben daraus ergibt sich, daß der Civilpartei kein Einspruch zustehe. Carnot a. 315 obs. IX. Legraverend III 180. Hélie VIII 727.

[26]) Rolland a. 315 n. 76. E. vom 2. April 1831, s. auch Anspach p. 43, Anm. 7; dagegen Hélie VIII 727. Man muß dieß wohl als Regel gelten lassen; denn sonst könnte die Partei durch Verzögerung des Widerspruches das Recht des Präsidenten illusorisch machen, den Zeugen unbeeidet zu vernehmen. Hélie freilich meint in einem ähnlichen Falle (VIII 699), der Eid sei vom Assisenhofe für nichtig zu erklären oder doch thatsächlich annullirt, und er führt C. C. in diesem Sinne aus den Jahren 1831 und 1840 an. Allein ist dann nicht jeder irgend denkbare thatsächliche Unterschied zwischen Zeugen und Auskunftspersonen verwischt? — Eine andere Frage aber ist es, ob die Verspätung des Einspruches nicht durch die Umstände entschuldigt werden könne. So hat der C. H. (am 10. Juni 1830) in einem Falle, wo eine Namensverwechslung stattgefunden, und ein nicht in der Liste aufgeführter, aber unter dem Namen eines darin angegebenen, aufgerufener Zeuge beeidigt worden war, es gebilligt, daß der Gerichtshof den nach Entdeckung des Irrthums erhobenen Einspruch berücksichtige (Morin V°. Témoin n. 11; Rolland a. 315 n. 77).

[27]) Hélie VIII 585. Rolland a. 315 n. 62—68, a. 321 n 8. Anspach p. 45, und die dort mitgetheilten belgischen Entscheidungen.

[28]) Hélie VIII 730.

[29]) Rolland a. 315 n. 68—70. Rogron a 315 verbis: opposer à l'audition. Von dem Falle, wo die Parteien auf die Beeidigung verzichten, ist hier nicht die Rede. Doch scheint es vorgekommen zu sein, daß man versuchte, aus dem pouvoir discrétionnaire auch ein Recht abzuleiten, vom Eide zu dispensiren, d. h. den ordnungsmäßig von der Partei vorgebrachten Zeugen zur Auskunftsperson herabzudrücken.

[30]) Wenn von mehreren Angeklagten auch nur Einer Einspruch erhebt, muß dieß genügen; bei widersprechenden Forderungen derselben scheint man die Zu-

ſonſtiger Nichtigkeit zu erkennen[31]). Der Gerichtshof hat dabei zu prüfen, ob die Mittheilung an die Partei rechtzeitig und in ſolcher Weiſe erfolgt ſei, daß ihr die Perſönlichkeit des Zeugen genügend bekannt wurde. Iſt das der Fall (und gehörig nachgewieſen), ſo wird der Einſpruch zurückgewieſen und der Zeuge beeidigt[32]). Im entgegengeſetzten Falle muß dem Einſpruche ſtattgegeben werden; allein es kann entweder der Zeuge kraft der Gewalt des Vorſitzenden unbeeidigt vernommen werden[33]), oder der Gerichtshof kann die Verhandlung abbrechen und die Sache bis zur nächſten Aſſiſenſitzung verſchieben[34]).

3. Die Partei hat ein Recht darauf, daß ihre ordnungsmäßig auf die Liſte gebrachten Zeugen auch wirklich, und zwar als Zeugen[35]), vernommen werden, ſo weit nicht geſetzliche Hinderniſſe entgegenſtehen. Jedenfalls kann außerdem die Vernehmung nur deßhalb verweigert werden, weil der von den Zeugen zu beſtätigende Umſtand entweder

---

laſſung oder Zurückweiſung dem Ermeſſen des Gerichtshofes anheimzuſtellen (C. C. v. 29. December 1854; Rolland a. 315 n. 74) wohl mit Unrecht. Iſt der opponirende Angeklagte in ſeinem Rechte, ſo kann daran der Verzicht des anderen Angeklagten nichts ändern.

[31]) Hélie VIII 477. C. C. vom 2. Oct. 1852. Rolland a. 315 n. 78. 79.

[32]) Vergl. Anm. 13—18. Die Beurtheilung der Thatmomente iſt dabei der inappellablen Entſcheidung des Aſſiſenhofes anheimgeſtellt; verletzt er aber bei dieſer ſeiner Entſcheidung eine Rechtsregel, ſo begründet das Nichtigkeit. Carnot a. 315 obs. VIII: „Iſt die Formwidrigkeit ſo beſchaffen, daß nichts ſie rechtfertigen kann, und hat dennoch der Aſſiſenhof den Einſpruch zurückgewieſen, ſo muß der Caſſationshof die Hauptverhandlung vernichten: denn da die Jury ihren Wahrſpruch nicht begründen kann, gäbe es keine Gewißheit, daß derſelbe nicht durch die gegen den Willen des Geſetzes erfolgte Zeugenvernehmung herbeigeführt ſei.“ Legraverend III 181. Hélie VIII 586. 729. Rolland a. 315 n. 87. 88.

[33]) Die Vernehmung des eben durch Spruch des Aſſiſenhofes zurückgewieſenen Zeugen als durch des Präſidenten Befugniß berufene Auskunftsperſon beruht auf einer ganz unbeſtrittenen Praxis. Hélie VIII 458. Rolland a. 269 n. 27, a. 315 n. 81. Sie ſcheint auch den Wortlaut des a. 315 für ſich zu haben; und doch, da dieſer nur das Recht wahrt, noch andere Perſonen, als welche die Parteien laden ließen, zu vernehmen, darf man fragen, ob wirklich das Geſetz einen ſo widerſpruchsvollen Vorgang autoriſirt. Auch Ruppenthal ſcheint dieſer Anſicht zu ſein (Materialien S. 211).

[34]) Hélie VIII 586.

[35]) Der Anm. 29 erwähnte Vorgang, Zeugen, welche ordnungsmäßig auf der Liſte ſtehen, oder bezüglich welcher der Aſſiſenhof das Gegentheil noch nicht ausgeſprochen hat, durch Anwendung des pouvoir discret. zu Auskunftsperſonen zu machen, und ihnen dadurch den Zeugencharacter zu nehmen, iſt durch zahlreiche C. C. für unzuläſſig erklärt. Er begründet Nichtigkeit, weil das erforderliche Erkenntniß des Aſſiſenhofes nicht ergeht. Rolland a. 315 n. 50. 51. 68. 78, a. 321 n. 10. — Selbſt wenn die Notification nicht ordnungsmäßig war, der Gegner aber nicht opponirt, ſind die Zeugen eidlich zu vernehmen. Rolland a. 321 n. 8.

ſchon als erwieſen, oder als unerheblich angeſehen wird. Sowie der Umſtand, daß die Ladung fehlt oder nicht gehörig war, die Vernehmung des nicht erſchienenen Zeugen nicht hindert; ebenſo wenig der, daß der Zeuge ſich erſt nach dem Aufruf der Zeugen oder ſelbſt an einem ſpäteren Sitzungstage einſtellt [36]).

Die Frage, ob alle Zeugen vernommen werden müſſen, zumal alle vorgeſchlagenen Entlaſtungszeugen, iſt verſchiedenartig behandelt worden [37]). Es kommen Ausſprüche vor, wie: das Geſetz lege dem Aſſiſenhof nicht die Pflicht auf, alle Entlaſtungszeugen ohne Unterſchied zu vernehmen, welche vorzuladen dem Angeklagten gefällt (Entſch. vom 8. Nov. 1816), — der Aſſiſenhof ſei nicht gehalten, alle Belaſtungs- und Entlaſtungszeugen in was immer für einer Zahl zu vernehmen, er könne diejenigen beſeitigen, deren Ausſagen ihm nur dazu zu dienen ſcheinen, die Verhandlung ohne Nutzen für Entdeckung der Wahrheit zu verlängern (Entſch. vom 19. April 1821). Indeß weiſt Hélie nach, daß in allen jenen Fällen, wo ſolche Motive für die Zurückweiſung gegeben wurden, doch noch andere, zumeiſt die unterbliebene Reclamation der Partei, die Zurückweiſung der Nichtigkeitsbeſchwerde rechtfertigten [38]).

4. Jede Partei kann zwar auf die Vernehmung der von ihr gerufenen Zeugen [39]), ſowie auf ihre formellen Einwendun-

---

[36]) Es war dies eine Zeit lang beſtritten. Rolland n. 56. 57.

[37]) Hélie VIII 686 ff.

[38]) Vergl. übrigens Rolland a. 315 n. 41. 42. 44. 50; a. 321 n. 15 - 17. 19. Unter den von ihm erwähnten C. Entſcheidungen ſind namentlich die v. 5. Nov. 1812, 18. Juni 1813 und 3. Nov. 1814 hervorzuheben, welche erklären, daß der Aſſiſenhof nur formell gehalten ſei, über den Antrag des Angeklagten zu erkennen; die hiedurch ausgeſprochene Verweigerung der Vernehmung aber keinen Nichtigkeitsgrund bilde — was, ſo ſchroff durchgeführt, die tiefgreifendſte Beeinträchtigung der Partei der Controle des Caſſationshofes entziehen würde. Dagegen wieder die Entſcheidung vom 29. October 1808, welche kategoriſch dem Aſſiſenhofe die Pflicht auferlegt, die Zeugen zu vernehmen, deren Verhör sur des faits qui tendent à sa justification er verlangte. Endlich die Brüſſeler Entſch. vom 25. Mai 1818, daß nur aus beſonderen Gründen die Vorladung des Präſidenten als Entlaſtungszeuge geſtattet werden könne. Rolland a. 321 n. 20.

[39]) Hélie VIII 728. Rolland a. 315 n. 42—49. 51. 71, a. 321 n. 8. 11. 12. Der Verzicht kann auch ein ſtillſchweigender ſein; wenigſtens genügt dieß, um einen Nichtigkeitsgrund auszuſchließen. Das Motiv des Verzichtes iſt gleichgiltig; ſelbſt wenn es ein irriges war, ja ſelbſt wenn es auf einem Rechtsirrthume beruhte, obgleich letzteres bezweifelt wird (Hélie VIII 725; vergl. Rolland a. 315 n. 46). Es ſcheint mir, daß man auch hier unterſcheiden müßte, nicht zwiſchen den Quellen des Irrthums, ſondern der Art, wie die Partei ihn geltend macht. Wenn die Partei auf den irrthümlichen

gen [40]) gegen die Zeugen der Gegenpartei giltig verzichten; allein dieser Verzicht für sich allein genügt nicht, um die Weglassung des einmal in die Liste eingetragenen Zeugen zu rechtfertigen. Formell ist dazu ein Erkenntniß des Assisenhofes [41]), eventuell die Zustimmung des Gegners, oder doch wenigstens die Würdigung der von ihm vorgebrachten Gründe erforderlich. Der Gedanke der Gemeinschaftlichkeit des einmal angebotenen Beweismittel ist namentlich in negativer Form durch zahlreiche Erkenntnisse gewahrt, welche den Verzicht des Producenten immer nur unter der Voraussetzung, daß der Product zustimmte oder nicht widersprach, für entscheidend erklärten [42]). Dennoch kann man unmöglich annehmen, daß die Regel kategorische Geltung habe. Da nämlich der Assisenhof nicht unbedingt den von der Partei angebotenen Zeugen zulassen muß, so wird sich um so weniger behaupten lassen, daß der Gerichtshof berufen sei, die Gründe zu prüfen, um derentwillen der Product dem Verzicht des Producenten entgegentritt [43]).

Verzicht an sich eine Nichtigkeitsbeschwerde stützt, so wird diese mit Recht zurückgewiesen. Folgt aber daraus, daß der Assisenhof in seinem Rechte sei, wenn er der Partei, die unter Darlegung ihres Irrthumes nachträglich die Vernehmung fordert, mit der Berufung auf ihren unwiderruflichen Verzicht den Mund schließt? Ja, würde in einem solchen Falle nicht unter Umständen auch die Vernichtung der Verhandlung gerechtfertigt sein? Einen Anhaltspunkt dafür bietet übrigens auch die Behandlung der unten zu erörternden Frage über die Vernehmung verspätet erscheinender Zeugen.

[40]) Hélie VIII 730—732.

[41]) „Ein regelmäßig geladener Zeuge kann selbst mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft oder des Angeklagten nur durch ein Erkenntniß des Assisenhofes von der Liste gestrichen werden" (C. Entscheidungen v. 30. Juni 1831, 12. Januar 1837, 22. Mai 1835; Hélie VIII 728, Rolland a. 315 n 49). So bestimmt dieser Satz klingt, so muß er doch mit großer Vorsicht aufgefaßt werden: er ist offenbar nur für die Frage giltig, ob über einen bestrittenen Antrag auf Weglassung eines Zeugen der Präsident oder der Assisenhof zu entscheiden habe; dagegen kann man Angesichts der zahlreichen Entscheidungen, welche sich selbst mit der stillschweigenden Zustimmung der Parteien, mit ihrem Schweigen begnügen, nicht daran zweifeln, daß die Constatirung dieser Zustimmung beider Theile im Protocolle genügend sei, — streng genommen sogar, daß keine Reclamation erhoben wurde. Hier sei nur die im Falle Laronciére ergangene C. E. vom 21. August 1835 erwähnt (Rolland a. 315 n. 71. 72), welche anerkennt, daß, wo kein Parteienstreit besteht, kein Erkenntniß des Assisenhofes nöthig sei, und daß daher in solchem Falle der Präsident den Wegfall des Zeugen verfügen könne. Vergleiche übrigens in diesem Sinne die bei Rolland a. 321 n. 12 und 14 angeführten C. Entsch., zumal die vom 25. Jänner 1849, welche selbst die Vernehmung der Staatsanwaltschaft über den formellen Verzicht des Angeklagten für unnöthig erklärt, — was übrigens gewiß nur bedeutet, daß die unterbliebene ausdrückliche Befragung keine Nichtigkeit begründe.

[42]) Rolland a. 315 n. 11. 40. 44. 45. 47. 75. Vergl. Hélie VIII 724.

[43]) Steht dieses Recht, die Vernehmung eines Zeugen, auf den der Producent verzichtet, zu begehren, auch der Civilpartei

5. Bleiben Zeugen aus, welche ordnungsmäßig geladen sind, so steht dem Generalprocuratur das Recht zu, vor der Eröffnung der Hauptverhandlung durch die Vernehmung des ersten Zeugen, die Verweisung der Sache vor die nächste Assisensitzung zu begehren (a. 354) [44]). Der Gerichtshof ist an diesen Antrag nicht gebunden [45]); er kann eine bloße Verschiebung auf einen späteren Tag derselben Sitzung [46]) verfügen, oder aussprechen, daß ungeachtet des Ausbleibens des Zeugen in der Sache weiter zu gehen sei [47]). Gegen dieses Erkenntniß gibt

---

zu? Ich glaube, daß die Frage bejahend zu entscheiden sei, wenigstens hinsichtlich der für die Staatsanwaltschaft geladenen Zeugen. Es ergibt sich dieß aus der accessorischen Stellung der Civilpartei, vermöge welcher sie berechtigt und darauf angewiesen ist, sich der von der Staatsanwaltschaft vorgebrachten Behelfe auch für ihre Zwecke zu bedienen.

[44]) Vergl. Anm. 11.

[45]) Hélie VIII 676. Rolland a. 354 n. 16. 17. 25. Anspach p. 123. 124. Es ist entschieden worden: a) daß der Assisenhof die Vertagung auch gegen den Antrag des Staatsanwaltes; b) ja selbst ohne Anhörung desselben aussprechen, andererseits c) den Antrag des Staatsanwaltes auf Verschiebung zurückweisen könne. Damit ist der a. 354, so weit er etwas für die Staatsanwaltschaft Eigenthümliches verfügen sollte, vollständig durchlöchert, allerdings zunächst deshalb, weil sich a. 353 (d. h. die Vorschrift, daß die einmal begonnene Verhandlung nicht abgebrochen werden dürfe) in der Praxis nicht zu halten vermochte, dann aber noch aus einem eigenthümlichen Grunde: Art. 354 C. d'Instr. ist die gedankenlose Uebertragung des a. 419 des Code de délits; in diesem Artikel aber war das dem öffentlichen Ankläger allein eingeräumte Recht, die Vertagung zu begehren, wenigstens dadurch erklärt, daß andererseits der Angeklagte überhaupt nicht die Pflicht hatte, seine Zeugen vorher namhaft zu machen. Im Code d'Instr. aber, wo ihm dieser Vortheil entzogen wurde, war das Privilegium der Staatsanwaltschaft zu drückend, um ertragen werden zu können. Das ändert aber nichts daran, daß die willkürliche Auslegung, welche nöthig war, um das Privilegium zu brechen, überhaupt keine feste Form stehen ließ, und daß die Verwirrung noch durch die fortwährende Verwechslung der Fragen, ob eine Förmlichkeit einzuhalten sei, oder ob ihre Vernachlässigung Nichtigkeit zur Folge habe, gesteigert wurde. — Man kann aber gewiß nur Hélie beistimmen, wenn er verlangt (VIII 677), daß der Präsident in jedem Falle, wo ein Zeuge ausbleibt, beide Theile zur Vorbringung ihrer Bemerkungen auffordere und hierauf erst den Assisenhof entscheiden lasse. Das bloße Uebersehen sollte freilich keine Nichtigkeit begründen, wohl aber die ausdrückliche Verweigerung des Gehörs oder die unterbliebene Bekanntmachung des Wegfalles eines Zeugen. Und wenn ferner Manche die im a. 354 offenbar dem Generalprocurator zugedachte Bevorzugung darauf beschränken, daß es Nichtigkeit begründe, wenn der Generalprocurator nicht befragt worden; nicht aber, wenn der Gerichtshof dem Angeklagten lediglich überlassen hat, sich auszusprechen oder nicht (Anspach 125), so ist dagegen kaum etwas anderes zu sagen, als daß es auch in jenem Falle an einer ausdrücklichen Nichtigkeitsandrohung fehle.

[46]) Hélie VIII 675. Rolland a. 354 n. 8.

[47]) Es ist nicht nöthig, daß dieses Erkenntniß motivirt werde, „da es eine bloße proceßleitende Verfügung enthält" (étant de pure instruction). Entscheidung v. 2. Juni 1831. Rogron a. 354. Hélie VIII 813. Rolland a. 354 n. 24.

es kein Rechtsmittel [48]). Dagegen kann der Assisenhof selbst von demselben wieder abgehen, wenn das Erscheinen des Zeugen die Verhandlung und dessen Vernehmung möglich machte, oder umgekehrt, wenn der Verlauf der Verhandlung ergibt, daß die Vernehmung des Ausgebliebenen nicht entbehrt werden könne [49]).

V. Sowie die Abgrenzung zwischen Zeugen und Sachverständigen überhaupt nicht streng durchgeführt ist, so bleibt auch einiger Zweifel darüber, welchen Einfluß die Parteien auf die Vorladung von Sachverständigen üben können. Man muß aber wohl unterscheiden zwischen einer förmlichen Beweisaufnahme durch Kunstverständige (expertise), wobei diese Befund (rapport) und Gutachten (avis) abgeben (art. 44 C. d'Iinstr.), und der bloßen Abgabe eines Gutachtens. Die Expertise kann nur (von Amtswegen oder auf Antrag der Parteien) im Wege der Zwischenuntersuchung vom Präsidenten, oder in der Hauptverhandlung vom Gerichtshofe oder auch vermöge der discretionären Gewalt des Präsidenten angeordnet werden [50]), wobei dann auch die Benennung der Sachverständigen erfolgt [51]). Dagegen scheint es nicht als unzulässig angesehen zu werden, daß die Parteien einen Sachverständigen auf die Zeugenliste setzen, und daß dieser dann unter Zeugeneid sein Gutachten abgibt [52]).

---

[48]) Hélie VIII 677. Rolland a. 354 n. 13. 14. Der Grund, der gewöhnlich dafür angegeben wird, daß die Verschiebung nur facultativ sei, scheint mir nicht zu genügen. Es kann unmöglich richtig sein, daß den Parteien die wichtigsten Beweismittel abgesprochen werden können, ohne daß durch ein motivirtes Erkenntniß der Cassationshof in die Lage versetzt wird, die Gründe zu würdigen, zu prüfen, ob nicht die materielle Vertheidigung durch die Verfügung des Assisenhofes vereitelt, ja unmöglich gemacht worden sei. Was ist dagegen die Verletzung einer bloßen Förmlichkeit?

[49]) Rolland n. 19. 20. Hier ist auch der Fall zu erwähnen, wo die Partei, weil ein Zeuge bei Verlesung der Liste fehlte, auf dessen Vernehmung verzichtete, der Zeuge aber später sich einstellt. Selbst wenn dieß förmlich erklärt wurde, oder ein Erkenntniß erging, daß ohne Rücksicht auf den Ausgebliebenen weiter zu verfahren sei, muß der später Erscheinende unter Eid gehört werden. Rolland a. 315 n. 56. 57.

[50]) Hélie V 648, VIII 778. Dalloz n. 2173 s. Morin V. Expertise.

[51]) Hélie VIII 779.

[52]) Siehe namentlich Morin (l. c. n. 5), welcher bezeugt, daß die Praxis Personen, welche in der Hauptverhandlung nur Auseinandersetzungen und Erklärungen bieten, weit eher als Zeugen, denn als Sachverständige ansehe. Vergl. auch die bei Dalloz n. 2175 mitgetheilte C. C. v. 5. Juni 1837). Man hat es sogar als zulässig angesehen, daß der Sachverständige, welcher in der Hauptverhandlung über die Untersuchungen berichtet, die er als solcher während der Voruntersuchung vornahm, dieß unter Zeugeneid thue (C. C. vom 8. Januar 1846 und zahlreiche andere; s. Hélie VIII 781, der dieß mit Recht tadelt). Allein diese feststehende Praxis erklärt es, daß es keine

VI. Schriften. Der Staatsanwaltschaft, wie dem Angeschuldigten ist schon während der Voruntersuchung die Möglichkeit geboten, Schriftstücke, die ihnen für die Sache erheblich scheinen, dem Untersuchungsrichter vorzulegen und sie so zu den Acten zu bringen. Dasselbe gilt wohl auch von der Zwischenuntersuchung. Die Herbeischaffung von Urkunden und Actenstücken, die der Angeklagte in der Hauptverhandlung gebrauchen will, hat er in der Regel selbst und auf seine Kosten zu bestreiten. Doch ermächtigt das Gesetz vom 22. Jänner 1851 den Präsidenten, in gleicher Weise wie die Zeugenvorladungen, auch die Vorlegung und Beglaubigung von Actenstücken jeder Art zu Gunsten des mittellosen Angeklagten von Amtswegen anzuordnen [53]).

Schwierigkeiten zu machen scheint, wenn die Partei einen Sachverständigen auf die Zeugenliste setzt, — Streitig dagegen ist, ob der als Zeuge Vorgeladene, ohne Verzicht der vorladenden Partei, als Sachverständiger fungiren könne; oder ob er gegen Ablegung beider Eide beide Stellungen verbinden könne. Hélie VIII 780; dagegen Rolland a. 315 n. 54 und 55.

[53]) Hélie VIII 527. 528. — Die Vorlesung eines Actenstückes, das nicht zu den Untersuchungsacten gehört, ist übrigens dermaßen dem Ermessen des Präsidenten anheimgegeben, daß selbst der Assisenhof, und zwar selbst mit Zustimmung des Angeklagten, dieselbe nicht giltig beschließen kann (C. C. v. 30. December 1832, 13. Juni 1839, 18. Juli 1844 ff.). Hélie (VIII 784) glaubt damit dem Angeklagten helfen zu dürfen, daß er dem Vertheidiger das Recht wahrt, im Plaidoyer von dem — nicht vorgelesenen — Actenstücke Gebrauch zu machen! —

IV.

Ueber den Begriff der Lex dioecesana.

Vom Herrn Dr. Georg Phillips, k. k. Hofrathe und ordentl. öffentl. Profeſſor der Rechte in Wien.

Der Ausdruck Lex dioecesana gibt auf den erſten Blick zu erkennen, daß er ſich auf Rechte bezieht, welche in den einzelnen kirchlichen Diöceſen zur Geltung kommen. In der That ſind damit auch Rechte des Biſchofs in ſeiner Diöceſe gemeint, und nach mehreren Stellen der Decretalen [1]) iſt man berechtigt, anzunehmen, daß *Lex dioecesana* den ganzen Inbegriff der biſchöflichen Gewalt bezeichnet und ſomit gleich den andern Ausdrücken Ius episcopale [2]) und Iurisdictio episcopalis [3]) gleichbedeutend ſei. Dagegen wird in der von Honorius III. herrührenden Decretale *Dilectus.* 18. X. d. Off. iud. ord. (I. 31) eben jener Ausdruck in einem engeren Sinne gebraucht, in welchem er nur einen Theil der in der biſchöflichen Gewalt enthaltenen Rechte, und zwar im Gegenſatze zu der Lex iurisdictionis, umfaßt. Um dieſe Erſcheinung zu erklären, möchte es zunächſt zweckmäßig ſein, jene Aufzählung der biſchöflichen Rechte überhaupt hervorzuheben, welche der genannte Pabſt in einer andern Decretale, in dem Cap. *Conquerente* 16. eod. gibt, wo jedoch eine ſolche Unterſcheidung zwiſchen Lex dioecesana und Lex iurisdictionis gar nicht gezogen wird. Dieſe Decretale legt dem

---

[1]) Cap. *Auditis.* 3. X. de in integr. restit. (I. 41). — Cap. *Auditis.* 15. X. d. praescript. (II. 26). — Cap. *Tuarum.* 11. X. d. privil. (V. 33).

[2]) Cap. *Auditis.* 3. cit. — Cap. *Sicut.* 27. X. d. iureiur. (II. 24). — Cap. *Cum venerabilis.* 6. X. d. except. (I. 25) u. ſ. w.

[3]) Cap. *Auditis.* 3. cit.

Biſchofe folgende Rechte an den Kirchen und Capellen ſeiner Diöceſe bei: „die Berechtigung, den canoniſchen Gehorſam zu fordern, die Unterwerfung und Reverenz, das Recht der Inſtitution und Deſtitution, der Correction und Reformation, die Befugniß, die kirchlichen Cenſuren zu verhängen, die Gerichtsbarkeit in allen nach gemeinem Rechte an das kirchliche Forum gehörenden Rechtsſachen, die Auferlegung der Bußen und die Spendung aller der von dem Biſchofe zu empfangenden Sacramente, das Recht zur Berufung der Diöceſanſynode und der Anſpruch auf die Erhebung des ſogenannten Synodaticum oder Cathedraticum, die Quart der Zehnten und Sterbefälle, die jährliche Viſitation und das damit verbundene Recht einer mäßigen Procuration". Mit dieſem letzten Punkte wird zugleich die Veranlaſſung zu dieſer Decretale angedeutet, die eben darin beſtand, daß der Oeconom des Kloſters Subiaco ſich über den Biſchof von Aſſiſi bei dem Papſte beſchwert hatte, wie derſelbe vornehmlich durch die Erhebung von Procurationen das Kloſter beläſtige. Honorius III. hatte in Folge deſſen den Biſchof aufgefordert, er ſolle diejenigen Rechte, die er vermöge ſeines Jus episcopale an Kirchen und Klöſtern habe, näher ſpecificiren. Nach Vorlage der erforderlichen Aktenſtücke erkannte der Papſt alle jene Gerechtſame an und bedeutete den Biſchof nur, daß er die Forderung auf Procurationen nicht übertreibe, und auch dann, wenn die Noth Charitativſubſidien erheiſche, nicht zu viel begehre.

Der Inhalt der Decretale *Conquerente* iſt auch deshalb wichtig, weil man in derſelben vergeblich nach jener vorhin angedeuteten Unterſcheidung ſucht, welche in eben dieſer Zeit oder wenigſtens doch noch von dem nämlichen Papſte Honorius III. in Beziehung auf die biſchöflichen Gerechtſame gemacht wurde. Es iſt bereits zuvor darauf hingewieſen worden, daß zur Bezeichnung der biſchöflichen Gewalt neben dem Ausdrucke Ius episcopale auch noch zwei andere: Iurisdictio episcopalis und Lex dioecesana in den Decretalen gebraucht werden. Ein Vergleich der betreffenden Bullen kann zunächſt hinſichtlich der gleichen Bedeutung von Ius episcopale und Iurisdictio episcopalis keinem Zweifel Raum laſſen; hier kommt es aber vornehmlich auf den Ausdruck Lex dioecesana an. Auch dieſer iſt für das angegebene Verhältniß durchaus bezeichnend, wenn man berückſichtigt, wie das Wort Lex — man erinnere ſich an Lex Salica, Lex Visigothorum u. ſ. w. — die Bedeutung eines ganzen Inbegriffes von Rechtsnormen gewonnen hatte; man überſetzt daher Lex dioecesana am Beſten durch „Diöceſanrecht." Es hat ſich aber an dieſen Ausdruck ein Mißver-

ſtändniß angeknüpft, welches ſogar in die Geſetzgebung ſelbſt hinübergewandert iſt, und deshalb um ſo mehr die Doctrin verwirrt hat, weil dieſe, an die Geſetzgebung gebunden, ſich doch durchaus nicht eine genügende Rechenſchaft darüber geben konnte.

Der Ausdruck Lex dioecesana wird zuerſt in dem dritten Canon des im Jahre 523 zu Lerida gehaltenen Conciliums gebraucht [4]); Gratian hat denſelben jedoch nicht vollſtändig in ſein Decret aufgenommen, indem der Anfang fortgeblieben, das Uebrige in zwei verſchiedene Bullen vertheilt worden iſt. Dieſer Canon beſtimmt, daß in Betreff der Mönche die Anordnungen der Concilien von Agde [5]) (506) und von Orleans [6]) zur Anwendung kommen ſollen. Hier war in Beziehung auf die Klöſter feſtgeſtellt, daß deren keines ohne Genehmigung des Biſchofs errichtet werden dürfe; ferner, daß die Geſchenke an Grundſtücken, Unfreien und Thieren ſämmtlich, von den Oblationen aber, welche auf den Altären niedergelegt werden würden, der dritte Theil dem Biſchofe zufallen ſollte, der dann ſeinerſeits für die Kleidung der Dürftigen nach Möglichkeit zu ſorgen habe; auch ſollten alle Kirchen der Diöceſe dem Biſchof unterworfen ſein. Zu dieſen Beſtimmungen der genannten Concilien macht aber das von Lerida noch einige Zuſätze, welche es beſonders hervorheben, wie durch ſie an den bisherigen Vorſchriften eine Abänderung gemacht werden ſolle; die Zuſätze finden ſich auch bei Gratian in den Canonen *Cum pro utilitate* [7]) und *Si ex laecis* [8]) wieder. Demgemäß ſoll der Biſchof erſtens die Befugniß haben, diejenigen Mönche, welche er dazu für tauglich erachtet, mit Zuſtimmung des Abtes zu Clerikern zu machen, und zweitens ſoll dasjenige, was für das Kloſter als ſolches dargebracht wird, in keiner Weiſe von der Lex dioecesana berührt werden. Die betreffenden Worte des zuerſt erwähnten Canons lauten: Ea vero, quae in iure monasterii de facultatibus offeruntur in nullo dioecesana lege ab episcopis contingantur. Wenn dagegen drittens ein Laie eine von ihm erbaute Kirche von dem Biſchof geweiht zu ſehen wünſcht, ſo ſoll er ſich nicht erdreiſten, dieſe unter dem Scheine, als ſei ſie eine Kloſterkirche, von der Lex dioecesana abzuſondern (nequaquam eam sub monasterii specie — a dioecesana lege audeat segregare), d. h. mit andern Worten:

---

[4]) S. *Bruns*, Bibliotheca ecclesiastica. Tom. II. p. 21.
[5]) *Conc. Agath.* ann. 506. can. 27 (*Bruns*, l. c. p. 151).
[6]) *Conc. Aurel.* ann. 511. can. 15—17 (*Bruns*, l. c. p. 163).
[7]) Can. 34. C. 16. Q. 1.
[8]) Can. 1. C. 10. Q. 1.

auf eine ſolche Kirche ſoll das vorhin erwähnte Privilegium der Kloſterkirchen keine Anwendung finden. Dieſes Privilegium beſtand nun eben darin, daß dem Biſchofe, während er zwar vermöge ſeines Diöceſanrechtes einen geſetzlichen Anſpruch auf einen Theil der Oblationen hatte, doch dasjenige nicht zufallen ſollte, was eigens dem Kloſter als ſolchem geſchenkt worden war. Eine dem ganz entſprechende Verfügung traf Gregor der Große in einem Briefe an den Erzbiſchof von Neapel [9]), dem er auftrug, eine Kloſterkirche zu weihen, indem er ihn zugleich verpflichtete, von den Oblationen der Gläubigen für die daſelbſt Gott dienenden Mönche ſich Nichts anzueignen. Die betreffende Stelle aus jenem Briefe (Epist. V. 37) hat in den Decretalen in dem Cap. *Theodosius.* 1. X. d. statu monachorum (III. 35) ihren Platz gefunden.

Der Ausdruck Lex dioecesana kommt dann, wenn anders die Quellen in dieſer Hinſicht genügend durchforſcht ſind, lange Zeit gar nicht mehr vor; vermuthlich hat ſich Lucius III. desſelben in einem Privilegium bedient [10]). Es iſt die Seltenheit des Gebrauches nicht gerade beſonders auffallend, weil eben die beiden andern Ausdrücke Ius episcopale und Iurisdictio episcopalis, die daſſelbe bedeuteten, üblich waren. Indeſſen iſt doch auch aus der Zeit von Innocenz III., und zwar ebenfalls von Lucius III. herrührend, ein Zeugniß da, welches zwar nicht die techniſche Bezeichnung Lex dioecesana ſelbſt darbietet, dennoch aber deſſen Bedeutung völlig klar macht. Wenn nämlich der gedachte Papſt in dem Cap *Ad abolendam* 9. X. d. haeret (V. 7.) von denjenigen ſpricht, welche im Gegenſatze zu der mit der episcopalis dignitas bekleideten Stadt von der Lex dioecesanae iurisdictionis eximirt ſind, ſo tritt hierin die bekannte Bedeutung hinlänglich hervor. Innocenz aber gebraucht an verſchiedenen Stellen ſeiner Decretalen den Ausdruck Lex dioecesana ganz und gar in der Bedeutung des Diöceſanrechtes. So ſpricht er in einem, vermuthlich an den Erzbiſchof von Roſſano gerichteten Schreiben (Cap. *Cum super his.* 9. X. d. M. et O; I. 33) von den Aebten und Prieſtern, welche derſelbe, da ſie ihm Lege dioecesana unterworfen ſeien, nöthigen könne, auf der Diöceſanſynode zu erſcheinen, und in einer andern Decretale (Cap. *Tuarum.* 11. X. d. privil. V. 33), welche von den Mißbräuchen handelt, deren ſich die Johanniter ſchuldig machten, iſt von einer dem Erzbiſchof von Lund

[9]) *Gregor M.* Epist Lib. V. cap. 37.
[10]) S. Cap. *Veniens.* 1. d. V. S. in 6to. (V. 12; *Innoc.* IV; ſ. unten S. 120).

Lege dioecesana unterworfenen von dem Vorgänger deſſelben jenem Orden überlaſſenen Kirche die Rede, welche von einem Almoſenſammler der Johanniter entweiht worden war. Wichtiger aber iſt noch ein anderer Brief desſelben Papſtes an die beiden Biſchöfe von Ely und Rocheſter, welcher in die drei Decretalen *Auditis* 3. X. de in integr. restit. (I. 41), *Auditis* 15. X. d. praeser. (II. 26) und *Ex ore sedentis* 17. X. d. privil. (V. 33) vertheilt iſt. Dieſes Schreiben hat einen Rechtsſtreit zwiſchen dem Biſchof von Worceſter und dem Kloſter Evesham zum Gegenſtande; der Biſchof ſtritt mit dem Abte des erwähnten Kloſters über gewiſſe Kirchen, von welchen Erſterer behauptete, daß ſie ihm Lege dioecesana unterworfen ſeien, wogegen der Abt einwendete, ſie ſeien gänzlich von der biſchöflichen Jurisdiction eximirt. Offenbar werden hier Lex dioecesana und Iurisdictio nicht in einen Gegenſatz zu einander geſtellt, um ſo mehr, da Innocenz in dem weiteren Contexte des Schreibens den Ausdruck Lex dioecesana nicht mehr, ſondern nur jene beiden andern episcopalis Iurisdictio und Ius episcopale gebraucht. Dieſes ſoll dem Biſchofe, wie der Papſt entſcheidet, an jenen Kirchen zugeſprochen werden, wenn derſelbe den erforderlichen Beweis führt, d. h. alſo, wenn er den Beweis führt, daß das Kloſter nicht eximirt ſei. Der Biſchof hatte aber mit ſeiner Behauptung, das Kloſter ſei ihm Lege dioecesana unterworfen, weder mehr noch weniger behaupten wollen. Ganz ähnlich wird an mehreren anderen Stellen von dem Ius dioecesani episcopi und von der Potestas dioecesani episcopi geſprochen (Cap. *Inter monasterium* 20. X. Cap. *Suborta.* 21. d. sent et re iudic; II. 27). — Eben ſo kommt auch der Ausdruck Episcopalia für die biſchöflichen Gerechtſame vor, indem von der Erfüllung der dieſen entſprechenden Verpflichtungen geſagt wird: In episcopalibus respondere (Cap. *Constitutus* 7. X. de relig. dormib; III. 36). Jeder Zweifel über den Sinn, in welchem Innocenz III. das Wort Lex gebraucht, wird durch eine Stelle in einem andern Briefe an den Biſchof von Ely gehoben, worin der Papſt von den Biſchöfen ſpricht, welche dem Erzbiſchofe von Canterbury Lege metropolitana unterworfen ſeien (Cap. *Pastoralis* 11. X. d. offic. iud. ord., I. 31); wenn demnach dieſer Ausdruck den Inbegriff der Metropolitangewalt bedeutet, ſo hat auch Lex dioecesana den analogen Sinn in Beziehung auf den Inbegriff der biſchöflichen Gewalt. Innocenz' III., Nachfolger Honorius' III., gebraucht dieſen Ausdruck in einem Briefe an den Erzbiſchof von Bordeaux (Cap. *Ad audientiam.* 1. X. d. capell. monach.; III. 38), worin er von einigen Mönchen ſpricht, welche demſelben Lege dioecesana unterworfen ſind.

Gegen die Bestimmung des vierten Lateranensischen Conciliums wohnten diese ganz allein außerhalb des Klosters. Der Papst ertheilt daher dem Erzbischofe den Auftrag, daß er die Aebte und Prioren ersuchen solle diese Mönche zurückzurufen, damit sie in Gemeinschaft mit Andern ein klösterliches Leben führten. Offenbar drückt auch hier die Unterwürfigkeit gemäß der Lex dioecesana den Gegensatz zu der Exemtion von der bischöflichen Gewalt aus.

Durch die Zusammenstellung der angezogenen Canones und Decretalen gelangt man also zu dem Resultate, daß bis zur Zeit des Honorius III. der Ausdruck Lex dioecesana nichts Anderes als das Diöcesanrecht des Bischofs bedeutete. Um so überraschender ist es, daß man in einer andern Decretale desselben Papstes, nämlich in dem Cap. *Dilectus.* 18. X. d. off. iud. ord. (I. 31) auf eine bisher in den Quellen unbekannte Unterscheidung zwischen Lex dioecesana und Lex iurisdictionis stößt. Der Rechtsfall, auf welche sich die erwähnte Decretale bezieht, ist folgender: Schon unter Innocenz III. war ein Streit zwischen dem Bischofe von Vannes und dem Abte des in dieser Diöcese belegenen Klosters Redon entstanden. Es handelte sich dabei um die Strafgelder (Emendae) der Bewohner mehrerer Pfarreien, welche seit alten Zeiten zum dritten Theile an das Kloster fielen, und eben darum, daß — wie der Abt angab — bei vorkommenden Streitigkeiten unter diesen Leuten selbst, die Citation an ihn ausschließlich, die weitere Proceßführung aber an ihn und den Bischof gemeinschaftlich gehöre; der Bischof hatte diese Verhältnisse nicht anerkennen wollen. Innocenz III. hatte nun für diese Angelegenheit den Bischof von Bayeux und den Archidiacon von Rouen und zwar mit dem Auftrage delegirt, sie sollten die ganze Sache gehörig instruirt an den Papst einsenden. Bei dieser Gelegenheit hatte sich nun der Bischof von Vannes auf einen früheren Urtheilsspruch berufen, welcher wegen einiger Kirchen in Betreff der Lex dioecesana gefällt worden war; dadurch war die Sache verzögert worden. Unterdessen war Innocenz III. gestorben. Der Abt von Redon beschwerte sich nunmehr bei Honorius III. über diese Verzögerung und bat, daß die Sache wegen jenes Urtheilsspruches nicht länger aufgehalten werde; als Grund, daß dieß nicht zulässig sei, hob er den hervor, „daß die Citation, die Prüfung der Rechtssache und die Entscheidung derselben, so wie auch jene Strafgelder zur Lex iurisdictionis gehörten. Der Papst gab hierauf den beiden zuvor erwähnten Delegaten auf, sie möchten, weil diese Gegenstände zur Lex iurisdictionis gehörten, ohne Rücksicht auf jene frühere Sentenz, in dem

eingeleiteten Proceſſe fortfahren. Demgemäß ſagt auch das Summarium zu dem angeführten Cap. *Dilectus:* Lex dioecesana und Lex iurisdictionis ſind verſchieden; daher ſteht ein Urtheil in Betreff der einen von beiden Demjenigen nicht entgegen, welcher wegen der andern klagt."

Mit jenem Ausſpruche des Papſtes Honorius III. iſt man auf einmal auf einen ganz andern Boden verſetzt, und es entſteht daher vor Allem die Frage, wodurch dieſe bisher unbekannte Unterſcheidung herbeigeführt worden iſt? Es iſt hierbei erforderlich, noch einmal auf den früher angegebenen Canon des Conciliums von Lerida zurückzugehen. Dieſer Canon, in welchem zum erſten Male der Ausdruck Lex dioecesana vorkommt, iſt, wie es ſcheint, zuerſt von dem hochberühmten Canoniſten Huguccio [11]) mißverſtanden worden, worauf Florens in einer im Jahre 1632 geſchriebenen Diſſertation zu dem oben angeführten Cap. *Auditis* zuerſt aufmerkſam gemacht hat [12]). In ſeiner noch ungedruckten Summa [13]) ſagt Huguccio: Notandum, quod duae sunt leges, in quibus consistit tota potestas, quam habet episcopus in ecclesiis sui episcopatus. Est enim lex iurisdictionis et est lex dioecesana. Ad legem iurisdictionis spectat cura animarum, eius datio, delictorum coercio, ordinatio ecclesiarum, et altarium et virginum consecratio, chrismatis et generaliter omnium sacramentorum collatio. Ad legem dioecesanam spectat institutio et investitura clericorum, vocatio ad synodum, et ad sepultaras mortuorum, cathedraticum, tertia vel quarta oblationum praestatio decimarum et consimilia.

Der Grund des Mißverſtändniſſes lag darin, daß Huguccio gerade an dem zufälligen Zuſammenhang, in welchem der Ausdruck Lex dioecesana in dem Ilerdenſiſchen Canon gebraucht wurde, feſthielt, demſelben daher eine beſondere Beziehung auf die Klöſter, und zwar zunächſt auf die denſelben zufließenden Einkünfte beilegte. Dadurch entſtand der Gedanke, Lex dioecesana bedeute zunächſt und unmittelbar ein Anrecht des Biſchofs auf ſeine Einkünfte, woraus man weiter folgerte, ein Kloſter könne dem Biſchofe Lege iurisdictionis unterworfen ſein, ohne auch in Beziehung auf die Lex dioecesana von ihm abzuhängen, oder auch umgekehrt, ein Kloſter könne von der Lex iurisdictionis eximirt ſein, wohl aber in Betreff der Lex dioecesana Verpflichtungen gegen den Biſchof haben. So wird die Sache in dem Cap.

[11]) S. über ihn mein Kirchenrecht. Bd. 4. S. 176 ff.
[12]) *Fr. Florens,* Dissert. in Cap. *Auditis* de praescript. et strictim ad Cap. *Auditis* de restit. (Opera iurid. Tom. I. p. 299. 619).
[13]) S. Richter, Kirchenrecht. 6te Aufl. S. 353. Note 2.

Dilectus gefaßt; die frühere Sentenz, auf welche der Biſchof von Vannes ſich beruft, hatte ihm offenbar jene Klöſter als zu ſeiner biſchöflichen Gewalt, zu ſeinem Diöceſanrecht (Lex dioecesana) gehörig, zugeſprochen; der Abt von Redon aber machte ſich die unterdeſſen entwickelte Lehre von dem Unterſchiede zwiſchen der Lex dioecesana und der Lex iurisdictionis, die auch bei den Auditores causarum palatii Eingang gefunden zu haben ſcheint, zu Nutzen, und hierauf wurde die zuvor angegebene Entſcheidung gebaut, nach welcher die frühere zu Gunſten des Biſchofs gefällte Sentenz nicht mehr in ihrer urſprünglichen Bedeutung zur Geltung kam.

Nachdem nun die angegebene Unterſcheidung durch Honorius III. eine geſetzliche Sanction erhalten hatte, ſo fiel damit der Wiſſenſchaft die Aufgabe zu, den Unterſchied genau feſtzuſtellen und zu beſtimmen, welche biſchöfliche Gerechtſame zur Lex dioecesana, und welche zur Lex iurisdictionis gehörten. Dieß geſchah, da es an einem richtigen Grundprincipe fehlte, in ſehr verſchiedener Weiſe. Die Gloſſe zum Can. *Si ex laicis* s. v. *Quidam laicus*, welche zum großen Theile aus Huguccio geſchöpft hat, geht von dem Geſichtspunkte aus, daß in beiden zuſammengefaßt, nämlich in der Lex dioecesana und Lex iurisdictionis, die ganze biſchöfliche Gewalt beſtehe, und zwar, daß die letztere alle diejenigen Fälle in ſich begreife, bei welchen der Biſchof ſelbſt thätig auftrete (in dando oder in conferendo), die Lex dioecesana hingegen in welcher er etwas empfange (in recipiendo); die ſpätere Theorie, wie ſie z. B. bei Reiffenſtuel[14]) ſich findet, ſagt von ſolchen Fällen, es ſeien die, in welchen der Biſchof ſich gern etwas gefallen laſſe, was man dann mit dem Ausdrucke dulcis passio bezeichnete. Man befand ſich aber hierbei um ſo mehr in Verlegenheit, als man ſich veranlaßt ſah, das Cap. *Conquerente* 16. X. d. off. iud. ord. (I. 31) zu Rathe zu ziehen, in welchem Honorius III. die oben erwähnte Aufzählung der biſchöflichen Gerechtſame gibt. Ausgehend von der Vorausſetzung jenes Unterſchiedes durfte man auch nicht annehmen, daß der Papſt die zur Lex dioecesana gehörigen Gerechtſame mit den aus der Lex iurisdictionis entſpringenden bunt durcheinandergeworfen haben werde. Man war daher genöthigt, in jener Decretale bei einer beſtimmten unter den aufgezählten Gerechtſame einen Abſchnitt zu machen und zu ſagen: die bisher aufgezählten Rechte gehören zur Lex iurisdictionis, die übrigen nunmehr folgenden zur Lex dioecesana. Dieß führte man

[14]) *Reiffenstuel*, Jus can. univ. Lib. I. Tit 31. n. 91.

dahin aus, daß man in dem gedachten Cap. *Conquerente* die Lex dioecesana mit dem Rechte, die Diöcesan-Synode zu berufen [15]) und die Aebte der Klöster auf derselben zum Erscheinen zu nöthigen, beginnen ließ, wie dieß in der Gloſſe [16]) *De lege iurisdictionis* geschieht. Schon dieſes erſte, zur Lex dioecesana in dem angegebenen Sinne gerechnete Verhältniß hätte vollſtändig genügen können, auf das Unrichtige der ganzen Unterſcheidung aufmerkſam zu machen. Und in der That befindet ſich die Gloſſe mit ihrer Theorie in der äußerſten Verwirrung, wie ſich dieß namentlich darin zeigt, daß ſie mit Rückſicht auf die oben allegirte Decretale *Auditis* de praescript. (I. 16) anerkennen muß: die Lex dioecesana begreife hin und wieder die Lex iurisdictionis in ſich, und andererſeits ſich genöthigt ſieht, eine Menge principieller Ausnahmen zuzulaſſen; dieſe ſollen ſich dann auf die erſte Stiftung des Kloſters, auf Präſcription oder Gewohnheit gründen, ſind aber nach der richtigen Auffaſſung nichts Anderes, als ſelbſtverſtändliche Folgerungen aus der eigentlichen Bedeutung der Lex dioecesana. Es entging daher ſchon dem großen Papſte Innocenz IV. keineswegs, daß dieſe Art der Unterſcheidung voll von Widerſprüchen ſei. Er äußert ſich darüber in ſeinem Commentar zu den Decretalen Cap. *Dilectus* cit. und Cap. *Theodosius* 1. X. d. stat. monach. (III. 35). An der zuerſt angeführten Stelle ſagt der große Sinibaldus Fliscus: licet hic videatur approbari distinctio antiqua, scilicet, quod duplicem legem habeant episcopi in ecclesiis sibi subiectis, scilicet dioecesanam et iurisdictionem, tamen mirabile videtur, quod de lege iurisdictionis dicitur collatio sacramentorum, potius enim videtur dici episcopus tantum unam legem habere, scilicet dioecesanam et sub hac comprehendatur totum ius episcopale, quod in dioecesim habet episcopus, et etiam lex iurisdictionis. Uebrigens gebraucht Innocenz IV. ſelbſt einmal, und zwar in der Decretale *Veniens*. 1. d. V. S. in 6to (V. 12) den Ausdruck Lex dioecesana [17]) aber nur als ein Citat aus einem Privilegium Lucius' III., in welchem offenbar der urſprüngliche Sinn damit verbunden wird. Unter den ſpäteren Canoniſten haben vornehmlich Antonius de Butrio [18]) und Fagnani [19]) in gleicher Weiſe auf das Unzuläßige der ganzen Unterſcheidung zwiſchen Lex dioecesana und

---

[15]) S. oben S. 113.
[16]) Ad Cap. *Dilectus* cit.
[17]) Vergl. oben S. 115.
[18]) *Anton. d. Butrio* Consilia. Cons. 19. in c. In nomine Patris (Ed. Venet. 1582. p. 24).
[19]) *Fagnani*, Comm. ad Cap. *Dilectus*, cit. 3. sqq.

Lex iurisdictionis aufmerksam gemacht, aber sie konnten über das im Cap. *Dilectus* cit. niedergelegte gesetzliche Princip nicht hinaus. Andere, und zwar recht ausgezeichnete Kirchenrechtslehrer, wie namentlich Reiffenstuel ließen sich durch das Widersinnige der dulcis passio nicht abschrecken, sondern geben im unbedingten Anschlusse an die Glosse eine Aufzählung der zu der einen oder andern Lex gehörigen Gerechtsame. Demgemäß zählen sie zu der Lex dioecesana: das Cathedraticum, die Quart der Decimationen, die Quart der Sterbefälle, den dritten Theil der Oblationen, die Berufung zur Synode und die Charitativsubsidien. Man sollte nun aber doch glauben, daß, wenn Etwas zur dulcis passio zu zählen sei, so müßten dieß vor Allem die Procurationen[20]) sein. Aber nein! diese wurden deshalb nicht hieher gerechnet, weil sie mit der Visitation in Verbindung stehen, diese aber nach jener Eintheilung zur Lex iurisdictionis gehört.

Es wird dieß genügen, um die völlige Unhaltbarkeit der in Rede stehenden Unterscheidung zu bestätigen. — Zum Schlusse möge noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß der französische Canonist Janus a Costa zuerst jenes Mißverständniß als solches hervorgehoben, und sein Schüler Franz Florens[21]) diesen Gegenstand des Weiteren entwickelt hat.

---

[20]) Die Glosse rechnet das zur Procuration gehörende Hospitium zur Lex dioecesana.

[21]) *Fr. Florens*, Diss. cit. cap. 1. p. 404.

V.

Das Privilegium des Autors und Verlegers.

Vom Herrn Landrichter M. Keßler in Vaduz.

I.

Die ſchriftſtelleriſche Thätigkeit iſt — vom literariſchen Standpunkte abgeſehen — ein Gewerbe. An die induſtrielle Thätigkeit des Schriftſtellers ſchließt ſich die des Druckers und Verlegers an. Der Schriftſteller liefert das Manuſcript, der Drucker vervielfältigt es und der Verleger ſetzt die Exemplare im Wege des Handels ab. — Ehedem hatten die Schriftſteller und Verleger keinen beſondern gewerblichen Schutz. Sobald ein Werk veröffentlicht war, konnte Jeder, der ein Exemplar auf rechtmäßige Art erwarb, dasſelbe auf eigene Rechnung abdrucken und weiter verbreiten. Geſchah nun dieſes wirklich, ſo entſtand für den Autor und ſeinen Verleger eine vernichtende Concurrenz, indem der Nachdrucker, welcher nur ganz geringe Productionskoſten hatte, die nachgedruckten Exemplare viel wohlfeiler geben konnte. Die Schriftſteller ſahen ſich deshalb genöthigt, von Fall zu Fall ein Privilegium gegen Nachdruck auszuwirken. — Allgemein hielt man es für billig, daß der Autor die Früchte ſeiner ſchriftſtelleriſchen Thätigkeit genieße; man erkannte die Nothwendigkeit und Nützlichkeit eines auf eine beſtimmte Zeit beſchränkten Schutzes des Autors, damit ſeine literariſche Thätigkeit nicht zum Schaden einer fortſchreitenden Kulturentwickelung erſchlaffe. Die Staatsgewalt ertheilte daher auch in der Regel dem Schriftſteller auf ſein Verlangen ein ſolches Privilegium.

Den Inhalt des Privilegiums bildete die Befugniß der ausschließlichen Vervielfältigung und Verwerthung des literarischen Werkes. Allein noch waren die Interessen des Schriftstellers nicht vollkommen gesichert. Abgesehen davon, daß die Auswirkung der Privilegien von Fall zu Fall häufig besondere Anstände und Schwierigkeiten bot, welche die Schriftsteller ein- für allemal beseitigt wünschen mochten, konnten die individuell ertheilten Privilegien schon ihrer Natur nach die volle Wirksamkeit eines allgemeinen Gesetzes nicht haben. Es waren auch nicht blos die Interessen des Schriftstellers, sondern obenan die Kultursinteressen des Staates, welche die Feststellung des Schutzes der literarischen Arbeit durch ein allgemeines Gesetz forderten. Das geschah denn auch durch den Bundesbeschluß vom 9. November 1837 und die darauf folgenden Particulargesetze.

Durch die Nachdrucksgesetze ist ein Gewerbsprivilegium für alle Schriftsteller und Verleger eingeführt worden. Das Privilegium ist, was den Inhalt betrifft, nach wie vor dasselbe; nur ist es wirksamer geworden durch das allgemein verbindliche Nachdrucksgesetz. Dazu kommt, daß die Schriftsteller von jetzt an nicht mehr von Fall zu Fall das Privilegium auszuwirken hatten; dasselbe wurde in Folge der Nachdrucksgesetze nicht mehr durch einen speciellen Act der Staatsgewalt, sondern ipso jure erworben.

Diese Darstellung der geschichtlichen Ausbildung des Autorrechtes und Verlagsrechtes erleichtert uns die Untersuchung über die rechtliche Natur desselben. Das Recht des Schriftstellers und Verlegers ist ein durch die Gesetze gegen Nachdruck begründetes Gewerbsprivilegium. Den Inhalt desselben bildet die Befugniß der ausschließlichen Vervielfältigung und Verwerthung eines literarischen Productes. Wir haben oben angeführt, daß jeder rechtliche Erwerber eines Exemplares eines Werkes ohne einen positiven Rechtssatz befugt wäre, das Werk auf eigene Rechnung abzudrucken und zu verbreiten*).

Die Nachdrucksgesetze heben diese Befugniß auf und ertheilen dem Autor das ausschließliche Recht, sein Werk durch den Druck zu verbreiten und öconomisch zu verwerthen. In den Nachdrucksgesetzen liegt also ein Privilegium, indem sie zu Gunsten des Autors ein singuläres Recht statuiren. Das Recht des Autors und Verlegers ist seinem Inhalte nach ein besonderes Gewerberecht. In so ferne hat also Oskar

*) Vergleiche Gerber, III. Band der Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes.

Wächter Recht, wenn er sagt: das Verlagsrecht erscheine in seiner Natur und Ausbildung als ein Gewerberecht, und hiernach bestimme sich seine Stellung im Systeme. Wenn er aber mit Bluntschli ein ursprünglich vorhandenes höheres Recht des Autors construirt, sein sogenanntes Verlagsrecht, so können wir ihm nicht beitreten. Das besondere Gewerberecht des Autors und Verlegers ist unserer Ansicht nach ein erst durch die Nachdrucksgesetze begründetes positives Recht. Wir wollen für den Augenblick von dem früher durch die Staatsgewalt von Fall zu Fall ertheilten Privilegien gegen den Nachdruck absehen, für jeden Dritten enthalten die Nachdrucksverbote eine Einschränkung der persönlichen Freiheit. Das Recht, ein Gewerbe zu treiben, ist ein Ausfluß der staatsbürgerlichen Freiheit. Die Thätigkeit des Nachdruckers ist an und für sich keine andere, als die des Autors und Verlegers, d. h. ein Gewerbe.

Die Nachdrucksverbote beschränken nicht die Freiheit des Eigenthums an einem Buche, sondern die Freiheit des Eigenthümers; sie schützen direct nicht das Eigenthum, sondern die literarisch-industrielle Thätigkeit des Schriftstellers. Walter (in seinem Lehrbuche des deutschen Privatrechtes §. 123) stimmt darin mit unserer Anschauung überein, indem er sagt: „die Frage berühre augenscheinlich keine Frage der Respectirung des Eigenthumes; sie berühre vielmehr die natürliche Freiheit der menschlichen Handlungen und gehöre daher unter einen andern Gesichtspunkt". Walter deutet das Verbot des Nachdruckes und den hiedurch dem Autor gesetzlich eingeräumten Schutz als ein Gewerbsprivilegium an; aber er verfolgt diese Anschauung nicht weiter und verfällt in Irrthümer. So nimmt er z. B. ein Eigenthum an geistigen Erzeugnissen an; spricht von einem Eigenthume an einer Idee, behandelt das Autor- und Verlegerrecht dem Verlagsvertrage gegenüber nicht als ein selbstständiges Rrcht u. s. w.

Bacher in dieser Vierteljahresschrift, Jahrgang 1864, 2. Heft, stellt das sogenannte Autorrecht als eine Personalservitut dar. Nach seiner Ansicht soll der rechtliche Character der Nachdrucksverbote „eine auf dem Erwerbe von Büchern ruhende dingliche Beschränkung sein". Durch die bisherige Ausführung dürfte überzeugend dargethan sein, daß die ganze Theorie Bacher's über den Nachdruck, so scharfsinnig sie auch ausgedacht, nicht stichhältig ist. Die durch die Nachdrucksgesetze eingeführte Beschränkung ist keine dingliche; sie ist eine Beschränkung der persönlichen Erwerbsthätigkeit. Für den Autor und Verleger begründen die Nachdrucksgesetze ein besonderes persönliches

Gewerbsrecht. Das Recht des Autors und Verlegers ist ein durch die Nachdrucksgesetze begründetes Gewerbsprivilegium. Es unterliegt keinen Schwierigkeiten, dafür den Nachweis durch die Gesetze selbst zu liefern.

Der Bundesbeschluß vom 9. November 1837 sagt:

Artikel 1. Literarische Erzeugnisse aller Art, so wie Werke der Kunst, sie mögen bereits veröffentlicht sein oder nicht, dürfen ohne Einwilligung des Urhebers oder desjenigen, welchem derselbe sein Recht an dem Originale übertragen hat, auf mechanischem Wege nicht vervielfältiget werden.

Art. 2. Das im Art. 1 bezeichnete Recht des Urhebers oder dessen, der das Eigenthum des literarischen oder artistischen Werkes erworben hat, geht auf dessen Erben und Rechtsnachfolger über, und soll, in so ferne auf dem Werke der Herausgeber oder Verleger genannt ist, in sämmtlichen Bundesstaaten mindestens während eines Zeitraumes von zehn Jahren anerkannt und geschützt werden.

Art. 3. Zu Gunsten von Urhebern, Herausgebern oder Verlegern von großen, mit bedeutenden Vorauslagen verbundenen Werken der Wissenschaft und Kunst (Art. 1) wird das ausgesprochene Minimum des Schutzes der Gesammtheit gegen den Nachdruck (Art. 2) auch bis zu einem längeren, höchstens zwanzigjährigen Zeitraume ausgedehnt u. s. w.

Art. 4. Dem Urheber, Verleger oder Herausgeber der Originalien nachgedruckter oder nachgebildeter Werke steht der Anspruch auf volle Entschädigung zu.

Außer den in Gemäßheit der Landesgesetze gegen den Nachdruck zu verhängenden Strafen soll in allen Fällen die Wegnahme der nachgedruckten Exemplare, und bei Werken der Kunst auch noch Beschlagnahme der zur Nachbildung gemachten Vorrichtungen, also der Formen, Platten, Steine u. s. w. stattfinden. Das württembergische Gesetz vom 17. October 1838 sagt: „Die im Königreiche oder in einem der im deutschen Bunde begriffenen Staaten erschienenen oder künftig erscheinenden schriftstellerischen oder künstlerischen Erzeugnisse genießen gesetzlichen Schutz gegen Nachdruck und gegen sonstige durch mechanische Kunst bewirkte Vervielfältigung in derselben Weise, wie wenn ihnen — ein besonderes Privilegium deshalb ertheilt worden wäre.

Das österreichische Gesetz vom 19. October 1846 lautet:

§. 1. Die literarischen Erzeugnisse und die Werke der Kunst bilden ein Eigenthum ihres Urhebers.

§. 2. Dem Urheber steht ausschließend das Recht zu, mit seinem Erzeugnisse nach Willkür zu verfügen, dasselbe in beliebiger Form zu vervielfältigen und zu veröffentlichen.

Er kann dieses Recht auch ganz oder theilweise an Andere übertragen.

§. 3. Jede ohne Genehmigung des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers auf mechanischem Wege unternommene Vervielfältigung eines mit Beobachtung der gesetzlichen Bedingungen und Förmlichkeiten erschienenen Werkes ist als verbotener Nachdruck erklärt, und zwar ohne Unterschied, ob hiebei das nämliche oder ein anderes Verfahren als bei der Erzeugung des Originalwerkes angewendet worden ist. Dieses Verbot der Vervielfältigung auf mechanischem Wege gilt auch von Werken der Kunst. Als Originalwerk wird außer dem ursprünglichen Erzeugnisse der Wissenschaft oder Kunst auch jeder davon gemachte Abdruck und jede Nachbildung behandelt, welche der Urheber oder sein Rechtsnachfolger zufolge des ihm zukommenden Autor-Rechtes veranstaltet hat.

§. 27. Dem durch die verbotene Vervielfältigung beeinträchtigten Autor des Werkes, sowie dessen Erben und sonstigen Rechtsnachfolgern steht überdieß das Recht auf Entschädigung zu u. s. w. — Aehnlich lauten die Nachdrucksverbote in den übrigen Bundesstaaten.

Liest man die angeführten Gesetzesstellen unbefangen, so wird man unsere Anschauung über das Wesen des Autor- und Verlegerrechts ohne Weiteres bestätigt finden. Auf Seite des Autors und Verlegers haben wir ein singuläres Gewerberecht, auf Seite jedes Dritten eine Beschränkung der persönlichen Gewerbthätigkeit. Das singuläre Recht des Autors und Verlegers ist im §. 2 des Bundesbeschlusses klar ausgesprochen. — Das württembergische Gesetz sagt geradezu, daß den literarischen und artistischen Werken durch das Gesetz gegen Nachdruck der gleiche Schutz verliehen sein soll, wie wenn ihnen deßhalb ein besonderes Privilegium ertheilt worden wäre. Das österreichische Gesetz geht im §. 1 von der Idee eines falschen literarischen Eigenthums aus. Im ersten Satz des §. 2 ist das Gewerbsprivilegium bestimmt ausgedrückt; nur erscheint es als Ausfluß des falschen Schrifteigenthums; im Schlußsatze des §. 2 wird das Privilegium mit dem Rechte des Autors am Original vermengt.

Juristisch genommen, kann der Ausdruck: „literarisches Eigenthum, Schrifteigenthum" nur das Eigenthum des Schriftstellers an dem Manuscripte als körperlicher Sache bezeichnen. Der Umstand, daß das

Manuscript der Träger einer geistigen Substanz ist, ändert an dem Eigenthumsbegriffe nichts, wie schon Gerber am angeführten Orte nachgewiesen hat. Das sogenannte Autorrecht ist kein Ausfluß weder des wahren, noch des falschen schriftstellerischen Eigenthums; es ist ein eigenes selbstständiges Recht, welches als eine industrielle Begünstigung zu den regelmäßigen Privatrechten des Autors hinzukommt. Es ist kein ursprünglich bei dem Autor vorhandenes, sondern durch die Nachdrucksgesetze erst geschaffenes singuläres Recht. Das Autor und Verlegerrecht ist ein Gewerbsprivilegium, und in seinem normalen gesunden Zustande kein Privatrecht, sondern ein publicistisches Recht. Die Erwerbung und Endigung desselben richtet sich daher nicht nach Privatrechtsgrundsätzen, sondern nach den öffentlich rechtlichen Bestimmungen der Gesetze gegen den Nachdruck.

II.

Betrachten wir nun das Autor- und Verlegerrecht in seinem verletzten Zustande. — So lange das Autor- und Verlegerrecht unverletzt ist, gehören seine Wirkungen ganz dem öffentlichen Rechte an. Erst die Verletzung des Autorrechts ist die Quelle privatrechtlicher Obligationen und privatrechtlicher Klagen. Der strafbare Nachdruck ist zwar in erster Linie ein Bruch der allgemeinen Rechtsordnung, in zweiter Linie aber eine Verletzung des individuellen Rechts des Autors. Durch das Delict entsteht ein Privatrechtsverhältniß zwischen dem Verleger und Verlegten, eine obligatio ex delicto, und Behufs deren Geltendmachung eine actio ex delicto. Darüber gelten die gewöhnlichen Grundsätze des Privatrechtes.

Das Autor- und Verlegerrecht ist ein selbstständiges subjektives Recht. Darin weicht unsere Anschauung von der Gerber's gänzlich ab (vgl. Gerber am angef. Orte). — Die Verletzung des Autor- und Verlegerrechts begründet unseres Erachtens, auch ohne Rücksicht darauf, ob der Thatbestand eines Delicts vorhanden ist oder nicht, eine allgemeine Entschädigungsklage — actio in factum. Diese Klage ist für den Autor und Verleger dann von praktischer Bedeutung, wenn der Nachdrucker wegen mangelnden strafbaren Verschuldens nach dem Particulargesetzen von Strafe frei ist. Zur gesetzlichen Begründung der actio in factum berufen wir uns nur auf den Art. 4 des Bundesbeschlusses vom 9. November 1837, welcher lautet: „Dem Urheber, Verleger oder Herausgeber der Originalien nachgedruckter oder nachgebildeter Werke

steht der Anspruch auf volle Entschädigung zu." Nach dem Bundesbeschlusse ist schon der ohne alle culpa handelnde Nachdrucker zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Selbstverständlich richtet sich auch diese allgemeine Entschädigungsklage nach den gewöhnlichen privatrechtlichen Grundsätzen.

Wie wir bereits gesagt haben, gibt es keine Klage auf Anerkennung des normalen Autor-Rechtes; erst die Verletzung desselben gibt dem Autor civilrechtliche Klagen. Der Autor ist aber auch Eigenthümer des Manuscripts, und als solcher hat er die gewöhnlichen Klagen des Eigenthümers. Wenn noch keine wirkliche Rechtsverletzung vorhanden ist, steht ihm schon eine Klage zu. Der Autor kann nämlich sein Eigenthumsverhältniß durch eine Präjudicial-Klage feststellen lassen. In der heutigen Praxis bedient man sich der Präjudicialklage in einem über den quellenmäßigen Begriff von den Statusklagen hinausgehenden Umfange zum Behufe der Feststellung anderweitiger Rechtsverhältnisse, z. B. eines Pachtkontraktes (vgl. Windscheid die actio des röm. Civilrechtes vom Standpunkte des heutigen Rechtes). — Bei dem Gebrauche der Präjudicialklage muß man aber nicht an ein besonderes Personen-Recht, Statusrecht des Autors denken, welches nicht existirt; Behufs der Geltendmachung seiner Rechte gegen den Verleger hat der Autor die actio ex contractu, unter Umständen auch die actio ex delicto und actio in factum.

Dem Inhalte nach ist der Verlagsvertrag ein entgeltlicher Vertrag über Dienstleistungen und eine Art Lohnvertrag. Der Verlagsvertrag ist die Voraussetzung des Gewerbsprivilegiums des Verlegers; letzteres tritt jedoch als selbstständiges Recht zu den durch den Verlagsvertrag erworbenen Rechten des Verlegers hinzu. Es ist daher unrichtig, wenn Oskar Wächter sagt, daß das Verlagsrecht durch den Verlagsvertrag von dem Autor an den Verleger veräußert werde. Der gewerbliche singuläre Schutz kommt den Verleger wie dem Autor als selbstständiges Recht zu. Der Ausdruck Verlagsrecht wird oft doppelsinnig gebraucht. Einmal bedeutet er das durch den Verlagsvertrag zwischen Autor und Verleger begründete Privatrechtsverhältniß; das andere Mal bezeichnet er das Privilegium des Verlegers gegen den Nachdruck. Der Verlagsvertrag und der Schutz gegen Nachdruck sind streng von einander zu trennen.

Fassen wir das Resultat unserer Erörterung noch einmal kurz zusammen; so besteht es darin: das sogenannte Autor- und Verleger-

recht ist ein Gewerbsprivilegium, welches in seinem normalen gesunden Zustande dem öffentlichen Rechte angehört. Vom Gesichtspunkte seiner Verletzung durch den Nachdruck aus betrachtet, ist es privatrechtlicher Natur und hat seine Stellung im Privatrechtssysteme. Die gleiche Bewandtniß hat es mit dem Rechte des Urhebers artistischer Werke.

Zum Schlusse glauben wir wiederholen zu dürfen, daß unsere Ansicht über das Wesen des sogenannten Autor- und Verlegerrechts nicht nur mit der positiven Gesetzgebung, sondern auch mit den unverfälschten Rechtsbegriffen in Einklang stehe. Unseres Erachtens handelt es sich nicht darum, ein neues Rechtsgebilde zu construiren, sondern ein gegebenes Rechtsinstitut richtig aufzufassen und darzustellen. Die Anforderung, welche wir an eine neue Gesetzgebung über den Nachdruck machen, kann daher nur die sein, daß sie von den richtigen positiven Rechtsanschauungen ausgehe.

VI.

Die Rache als Rechtsprincip.

Vom Herrn Dr. Carl Sigmund Barach.

Herr Dr. E. Dühring in Berlin, dem wir ſchon manche geiſtvolle Schrift auf den Gebieten der Philoſophie und der National-Oeconomie verdanken, verſucht es, in einem Anhange zu ſeinem vor Kurzem erſchienenen Buche „Der Werth des Lebens“ (Breslau 1865) die Conception des Rechtes und mit ihr die beſonderen Rechtsbegriffe auf den Vergeltungstrieb, der in ſeiner höheren Steigerung Rache heißt, als auf ihren letzten Grund zurückzuführen. Wir heben in Folgendem aus ſeinen jedenfalls anregenden und beachtenswerthen Bemerkungen das Weſentliche heraus.

Es gibt ein ganzes Reich von Begriffen, die nur aus unſeren Beſtrebungen ſtammen. Unſere Wünſche und Triebe bilden die Grundlage für ein ganzes Gebiet theoretiſcher Vorſtellungen. Ein einzelner Fall dieſes Gebietes iſt die Vergeltungsidee, die im letzten Grunde auf dem Vergeltungstriebe beruht. Das Rechtsgefühl gehört in dieſelbe Gattung. Es iſt weſentlich Reſſentiment, d. h. eine reactive Empfindung wie die Rache. Die Beziehung zwiſchen der Rache und dem ganzen Syſteme moraliſcher und juriſtiſcher Rechtsbegriffe iſt es, die bisher ſtets überſehen worden iſt.

Um die Frage: „Wodurch gelangen wir zur Erkenntniß deſſen, was Recht und Unrecht iſt", zu beantworten, wurden im Weſentlichen bisher zwei Wege eingeſchlagen. *Einerſeits* erfaßte man den eigentlichen Gehalt des Rechtsbegriffes ganz richtig, *aber* nur in ganz *formaler Weiſe*, indem man ſagte: *Die Gerechtigkeit beſtehe in der Wiedervergeltung*. Daß der Verletzung eine Gegenverletzung entſprechen müſſe: das iſt der Grundzug in den Rechtsalterthümern aller Völker, die Grundvorſtellung der alten Religionen, der allgemeine Ausdruck des Begriffes der Gerechtigkeit, den das Volk noch heute hat. *Andererſeits* ſollte die Verhütung der Verletzung durch *Abſchreckung* der einzige Geſichtspunkt ſein, aus welchem die Uebung der Gerechtigkeit aufzufaſſen wäre. Während die Vergeltungstheorien, die ſich ſchlechtweg als Gerechtigkeitstheorien bezeichnen, die Strafe an die Exiſtenz des Vergehens binden, machen die Abſchreckungstheorien einen außer dem Weſen der Sache liegenden Zweck zum Ausgangspunkte. Letztere gehören zu den *relativen* Theorien, während erſtere mit Recht ſich *abſolute* nennen. Ließen ſich die Verletzungen in anderer Weiſe als durch die Strafe mit gleichem Erfolge hindern, ſo müßten die Abſchreckungstheorien wie auch die andern relativen Theorien auf die Uebung der Gerechtigkeit verzichten. Das terroriſtiſche Syſtem erfaßt an der öffentlichen Strafe nur einen ganz untergeordneten Geſichtspunkt des eigentlichen Gerechtigkeitsbegriffes.

Dagegen haben die Vergeltungsvorſtellungen ihren Halt und ihr Maaß in einer naturaliſtiſchen und hiſtoriſchen Grundlage. Die Sühne des letzten Unrechtes iſt im Grunde nicht als etwas Anderes, denn als Befriedigung des Rachebedürfniſſes zu begreifen. Die ihre Untathen ſühnenden Menſchen, die den Göttern Opfer bringen, gehen dabei von der Vorſtellung aus, daß ſie die Rache der Götter befriedigen durch den eigenen Verluſt und das eigene Uebel. Die Blutrache iſt die urſprünglichſte Geſtalt der Gerechtigkeitsübung. Erſt auf einer ſpäteren Stufe der Volksentwickelung kommt es zur öffentlichen Beilegung der aus den Verletzungen entſtandenen Feindſchaften. Stets aber bleibt das Rachegefühl der Grund des Strebens, daß den Verletzer ein Uebel als Strafe treffe. Nur wenn dieß geſchieht, beruhigt ſich das Rechtsgefühl des Einzelnen, oder der Trieb, der die Vergeltung fordert.

Die Rache oder ein der Rache analoger Trieb erſcheint ſomit als der urſprüngliche *Erkenntnißgrund des Unrechtes*. Gewöhnlich wird das Verhältniß umgekehrt und ein fertiger Rechtsbegriff als Grund des Vergeltungsbedürfniſſes vorgeſtellt. Nicht weil wir wiſſen, daß wir

Unrecht erfahren haben, empört sich unser Gefühl, sondern weil sich unser Gefühl empört, wissen wir, daß wir Unrecht erfahren haben. Wir schließen aus dem Umstande des empörten Gefühls auf den ungerechten Character der That. Das empörte Gefühl belehrt uns über die uns widerfahrene Ungerechtigkeit. Daß der Schein für die Umkehrung dieses Verhältnisses spricht, das kommt daher, weil wir uns in einem Zustande befinden, in dem die rohe unmittelbare Grundlage des Rachetriebes durch Vermittlung des Verstandes bereits zu einem wohlgegliederten Systeme von ausgebildeten und verfeinerten Rechtsbegriffen umgewandelt wurde. Die Rechtsbegriffe können das naturwüchsige Vergeltungsgefühl sogar in hohem Grade schärfen, und man kann in diesem Sinne sagen, daß, bei Vorhandensein eines entwickelten Systemes von Rechtsbegriffen, das Urtheil uns über die Unrechtmäßigkeit einer Handlung belehre (das Recht der Grund des Vergeltungsgefühles werde); aber alles dies schließt nicht die Wahrheit des Satzes aus, daß der Trieb das Erste, die Idee das Zweite, das Rachegefühl das Fundament des Rechtes sei. „Wenn der Verstand Mittel gefunden hat, Dinge sichtbar zu machen, die das unbewaffnete Auge nicht bemerkt, so ist doch das Auge der letzte Grund des Sehens."

Die Unterscheidung von Recht und Unrecht wird regelmäßig denen sehr leicht, welche der leidende Theil sind; sie macht dagegen denen Schwierigkeiten, die das Unrecht ausüben. Dieser merkwürdige Umstand zeigt, daß der Begriff des Rechtes zu allererst in dem entspringt, welcher das Unrecht erfährt. Wenn ein gemeinsames Recht zur Anerkennung kommen soll, wird es sich stets darum handeln, Etwas von dem Bewußtsein dessen, der das Unrecht leidet, in die Empfindung und Vorstellung dessen zu übertragen, der es ausübt. Dieß geschieht, *indem die reactive Empfindung zur reactiven That wird*. Die Unrecht leiden, werden auf diese Weise die Lehrmeister des Rechtes für Alle.

Die Satzungen, die in ursprünglicher Lebendigkeit aus der Vereinigung des Gefühls mit dem erkennenden Verstande flossen, mögen später als *angewöhnte Regeln* ihre Entstehung verleugnen; für den tieferen Blick ist das ganze Gewebe moralischer und juristischer Gerechtigkeitsideen nur die Arbeit des Gefühles, des Vergeltungstriebes unter dem richtenden und gestaltenden Einfluß der Intelligenz. In welchen besonderen Fällen dem Menschen eine Verletzung widerfahre, zeigt ihm ursprünglich nur die reactive Empfindung an. Der rein theoretische Verstand ist nicht im Stande, dies zu entscheiden. Die selbst von

praktischen Motiven geleitete Intelligenz weiß nichts von Gerechtigkeit. Der materielle Inhalt der Urtheile über das Unrecht erwächst immer aus dem Rachebedürfniß. Will man daher die Rechtsbegriffe genetisch erklären, so muß man sie sämmtlich aus jenem Grundtriebe erklären. Man muß die einfachsten Formen der Verletzungen feststellen. Nun ist aber die einfache Verletzung nur insoferne ein deutlicher Begriff, als man die Beeinträchtigung des Willens in der unmittelbaren Form der Empfindung erkennt. Hieraus folgt, daß die letzten Untersätze, auf welche sich die Wissenschaft des moralischen wie des juristischen Rechtes stützen wird, einfache Urtheile sein werden, deren Materie die reactive Empfindung, deren Form der theoretische Verstand gibt.

Dr. Dühring geht nicht darauf ein, sein Gerechtigkeitsprincip in alle Gebiete des objectiven Rechtes zu verfolgen. Für das Strafrecht hat die Nachweisung der Richtigkeit seines Grundsatzes, wie er selbst bemerkt, keine Schwierigkeit. Aber weniger offenbar ist die Anwendbarkeit desselben auf die außer dem Criminalrecht gelegenen Gebiete. Beinahe unmöglich erscheint dessen Uebertragung auf das Civilrecht. Um so interessanter ist es, die Andeutungen kennen zu lernen, die Dühring über die Anwendbarkeit des Racheprincips auf das Privatrecht gibt. Nur insoferne, meint Dühring, die Nichtachtung oder Störung eines Zustandes oder Verhältnisses eine Verletzung sein würde, wird der Begriff jenes Zustandes oder vielmehr der Begriff der Ungestörtheit desselben zum eigentlichen Rechtsbegriffe. Alle Versuche, den Begriff des Rechtes ohne die vorgängige Conception des entsprechenden Unrechtes zu fassen, müssen daher fehlschlagen. Schon Kant vertrat die Ansicht, daß Recht stets nur auf Enthaltung von Verletzung gehe, also kein positives Verhalten vorschreibe. Noch consequenter folgt dieß aus dem Principe der Rache. Die reactive Empfindung setzt stets eine Störung voraus. Es kann daher nie etwas Anderes, als die Enthaltung von einer Verletzung der Inhalt eines Rechtsbegriffes werden. Recht ist nur die Enthaltung von einer Störung, also gleichsam der Gleichgewichtszustand zwischen Wille und Wille. Die Förderung, welche der Störung, welche Unrecht heißt, entgegensteht, kann nicht Recht heißen. Es wäre nun leicht, an den Grundverhältnissen des Privatrechtes nachzuweisen, wie es einzig der Gesichtspunkt einer möglichen Verletzung ist, was den fraglichen Instituten (etwa dem Eigenthum und der Ehe) den Character von Rechtsinstituten ertheilt. Ebenso, meint Dühring, würde sich das Erbrecht, dessen natürliche Deduction in der Regel die größten Schwierigkeiten

macht, aus dem Geſichtspunkte begründen laſſen, daß es gewiſſe, ſich unwillkürlich aus den gemeinen Grundſätzen des Verkehrs und aus den Beziehungen des Familienbandes ergebende Zuſtände und Verhältniſſe gibt, deren Anfechtung und Störung als feindliche Verletzung empfunden werden muß.

Wir enthalten uns vor der Hand jeder Kritik der vorſtehend mitgetheilten Anſichten, da aus den kurzen Angaben keineswegs klar hervorgeht, wie die Rache als Princip der geſammten Rechtstheorie durchführbar ſei. Dagegen ſprechen wir den Wunſch aus, der geiſt- und kenntnißreiche Verf. möge uns bald mit einer umfaſſenderen Arbeit über ſein Rechtsprincip beſchenken, zumal er ſelbſt in der Vorrede verſichert, daß die Zurückführung aller Gerechtigkeitsbegriffe auf die Rache kein frivoler Verſuch, ſondern eine ſeit Jahren überlegte Einſicht ſei, auf deren Grundlage er die philoſophiſche Rechtstheorie ſchon lange in allen Richtungen durchgearbeitet.

VII.

Das allgemeine Berggeſetz für die Preußiſchen Staaten vom 24. Juni 1865.

Mit vergleichenden Beziehungen auf das öſterr. allg. Berggeſetz v. 23. Mai 1854 beſprochen vom Herrn Dr. O. Freiherrn von Hingenau, k. k. Ober-Bergrathe und Profeſſor des Bergrechts an der Univerſität in Wien.

I.

Einleitung.

Die Unzulänglichkeit der älteren Geſetzgebung in Bergwerksſachen, welche bereits im vorigen Jahrhunderte in Deutſchland und Oeſterreich nicht minder als in Frankreich empfunden wurde, hatte ſchon damals zu ernſtlichen Reformſtrebungen geführt, und in Frankreich mit der Schaffung eines ganz neuen Bergrechts ſchon im Jahre 1791 und dann 1810 einen Abſchluß gefunden, während in Deutſchland und Oeſterreich an die Seite der alten Geſetzgebung Ergänzungen und Modificationen derſelben durch eine mehr oder minder ausgeſprochene Novellengeſetzgebung traten, bis endlich gegen die Mitte dieſes Jahrhunderts die mächtig heranwachſende Eiſen- und Steinkohlen-Induſtrie eine vollkommene Umgeſtaltung des auf dem Gangbergbaue beruhenden alten Bergrechtes in den bedeutendſten der deutſchen Bergwerksländer herbeiführte. Das Jahr 1848 mit ſeinen wichtigen ſtaatsrechtlichen Umgeſtaltungen gab auch in der Sphäre der Berggeſetzgebungen einer Reformbewegung neuen Anſtoß und belebte die zu verſchiedenen Zeiten aufgenommenen

und wieder fallen gelaſſenen Pläne einer neuen Berggeſetzgebung. Faſt gleichzeitig tauchten im Jahre 1849 in den drei Nachbarſtaaten Oeſterreich, Preußen und Sachſen „Entwürfe von Berggeſetzen“ auf, wurden in Berathung gezogen und führten im Jahre 1853 im Königreiche Sachſen, 1854 im Kaiſerthume Oeſterreich zur definitiven Codificirung des Bergrechts, während von da an im Königreiche Preußen eine ſorgſame Vorbereitung zu einer ähnlichen Codificirung in regen Gang gekommen iſt und mit dem Geſetze vom 24. Juni 1865, welches am 1. October 1865 in Wirkſamkeit getreten, ihren Abſchluß gefunden hat.

In der Zwiſchenzeit hatten das Herzogthum Anhalt, das Großherzogthum Sachſen-Weimar und das Herzogthum Naſſau ebenfalls neue berggeſetzliche Normen erhalten und den Weg der Reform des veralteten Bergrechts betreten; in Baiern kam dieſe Angelegenheit wiederholt in Anregung, aber noch nicht zum eigentlichen Durchbruche, in Würtemberg, Baden und Heſſen (Churfürſtenthum und Großherzogthum) iſt wenigſtens das Bedürfniß einer ſolchen Reform ebenfalls laut geworden, und ſolcher Art iſt wirklich für das Bergrecht in Deutſchland mit der zweiten Hälfte des 19ten Jahrhunderts eine ähnliche Epoche eingetreten, wie es um die Mitte des 16ten Jahrhunderts der Fall war.

Dieſer kurze Ueberblick der neueſten Reformbeſtrebungen auf dem Gebiete des deutſchen Bergrechtes ſoll nur den Standpunkt andeuten, welcher auch für das neue Berggeſetz Preußens maßgebend gewirkt hat, da es, unter dem Einfluße dieſer allgemeinen Reform-Bewegung entſtanden, ſich in vielen Grundprincipien den vorangegangenen Geſetzen Sachſens und Oeſterreichs (beſonders des letzteren) anſchließt und ganz geeignet ſcheint, den Ausgangspunkt für die, wenn auch nicht gleiche, ſo doch „gleichartige“ Reform des geſammten deutſchen Bergrechtes zu dienen.

II.

Geneſis des neuen preußiſchen Berggeſetzes.

Ehe in den Inhalt des preußiſchen Berggeſetzes eingegangen wird, iſt es nothwendig, der Geneſis desſelben, als ſeiner natürlichen Einleitung, einige Aufmerkſamkeit zuzuwenden.

Aehnlich wie in Oeſterreich, beſtanden in Preußen für verſchiedene Provinzen des Reiches verſchiedene ältere Bergordnungen, nur mit dem Unterſchiede, daß deren Wirkſamkeits-Abgrenzungen dort viel complicirter waren, als in Oeſterreich. Denn hier konnte man die räumlich

mit der herrschenden Landeseintheilung ziemlich genau zusammenfallende Gruppirung des Bergrechts der Alpenländer, der böhmisch-mährisch-schlesischen Länder und der Karpathenländer nach den hervorragendsten älteren Bergordnungen, als die Gebiete der Ferdinandeischen Bergordnung vom Jahre 1553, der Joachimsthaler Bergordnung vom Jahre 1548 und der Maximilianischen Bergordnung vom Jahre 1573 bezeichnen, neben denen allerdings noch ein Gebiet der baierischen Berggesetzgebung (Tirol mit Salzburg und Theilen von Oberösterreich) und der französischen (Regolamento per le miniere á 1808), ja seit 1846 auch noch das der Krakauer Bergordnung von 1844 einhergingen; allein alle diese Hauptbergordnungen und die Reste älterer Berggesetze (deren Aufzählung hier überflüßig wäre) waren in Bezug auf die territoriale Ausdehnung ihrer Wirksamkeit leicht zu erkennen, weil sie eben bei ihrer Entstehung schon und zur Zeit der ersten Reform in der Mitte des XVI. Jahrhunderts die österreichische Monarchie nahezu in ihrem jetzigen Umfange herangewachsen vorfanden, Galizien sich unmittelbar an die ungarische (Karpathen-) Gruppe anfügen ließ, und nur in den letzten Acquisitionen — Oberitalien und Krakau ein fremdartiges — nicht deutsches Bergrecht recipirt worden war.

Anders verhielt es sich in Preußen, dessen Territorialzuwachs in eine neuere Zeit fällt, und welches eine große Anzahl deutscher Landestheile — mit ihren Gesetzen — allmälig in sich aufgenommen hatte, deren einstige Grenzen jetzt dem Geographen gar nicht mehr gegenwärtig sind, und selbst bei der Abgrenzung der Verwaltungsbezirke sich schwer einfügen ließen [1]).

Aber nicht bloß räumlich, sondern auch der Zeitfolge nach bietet die ältere preußische Berggesetzgebung größere Mannigfaltigkeit als die österreichische, und daher auch bei ihrer Beseitigung größere Schwierigkeit. Sie ragte nämlich weit näher in die heutige Epoche herein und hatte sogar in dem subsidiarisch geltenden 16. Titel II. Thls.

[1]) Die dem preußischen Landtage vorgelegten Motive zu dem Gesetz-Entwurfe, der die Basis des neuen Gesetzes bildet, sagen wörtlich darüber: „In den wichtigsten Bergbaubezirken gelten noch die größtentheils im 16ten und 17ten Jahrhunderte abgefaßten, vielfach lückenhaften und unverständlichen Provinzial-Bergordnungen, zwölf an der Zahl, welche ohne Ausnahme den Verhältnissen des heutigen Bergbaues, insbesondere des durch seine volkswirthschaftliche Bedeutung hervorragenden Flötzbergbaues, nicht mehr entsprechen. Ihre Gesetzesbereiche fallen mit Gebieten zusammen, deren frühere politische Selbständigkeit längst in den preußischen Staat aufgegangen ist, oder schließen sich an Territorial-Eintheilungen an, welche auf andern Verwaltungs- und Rechtsgebieten keine Bedeutung mehr besitzen."

des Allgemeinen Landrechts (Vom Bergregal) ein codificirtes Bergrecht von ziemlich fortgeſchrittenem Gepräge neben den noch am Leben belaſſenen Reſten einer Geſetzgebung von zwei vergangenen Jahrhunderten in Bereitſchaft, deſſen Erhebung zu einem allgemeinen Berggeſetze aber einerſeits die Geltung des franzöſiſchen Rechtes am linken Rheinufer und deſſen Anſehen daſelbſt, andererſeits aber auch der Inhalt ſelbſt entgegenſtand, welcher für die Zeit ſeiner Entſtehung zwar ein claſſiſch zu nennender, dennoch in unveränderter Geſtalt den berechtigten Wünſchen nach einer für unſere Zeit paſſenden Reform des Bergrechts nicht entſprochen haben würde.

Vortreffliche Arbeiten aus neueſter Zeit geſtatten einen klaren Einblick in die verwickelten Verhältniſſe, unter welchen der preußiſche Bergbau bis in die neueſte Zeit ſich bewegte; Arbeiten, welche zugleich die wichtigſten Vorarbeiten für das neue Geſetz bildeten, während ſie mit dem Lichte der Forſchung den Weg beleuchteten, auf welchem die preußiſche Berggeſetzgebung, bisher von ihren eigenen Landesgenoſſen kaum genügend gekannt, ſich entwickelt hatte.

Dieſe Arbeiten ſtehen in ſo nahem Zuſammenhange mit der Geneſis des preußiſchen Berggeſetzes vom Jahre 1865, daß es faſt unabweislich iſt, bei denſelben etwas zu verweilen.

Die umfangreichſte und bedeutendſte dieſer Arbeiten iſt eine in Cöln im Jahre 1858 in einem ſehr ſtarken Großoctav-Bande erſchienene „Sammlung der in Preußen giltigen Bergordnungen nebſt Ergänzungen, Erläuterungen und Ober-Tribunals-Entſcheidungen und als Anhang Titel 16, Theil II des Allgemeinen Preußiſchen Landrechts", herausgegeben von dem damaligen Juſtiziär des k. Oberbergamts in Bonn, Oberbergrath Hermann Braſſert, dem ſpäteren Verfaſſer des letzten Entwurfs zu dem jetzt in's Leben getretenen Berggeſetze.

Die befremdliche Erſcheinung, daß eine „Sammlung der älteren Berggeſetze" eben am Vorabende ihres Erlöſchens in das Leben gerufen wurde, erklärte der Herausgeber ſehr richtig mit der Abſicht, „allen denjenigen, welche veranlaßt ſind, ſich mit deutſchem und preußiſchem Bergrechte zu befaſſen, nicht allein einen zuverläßigen Text der in Preußen giltigen Bergordnungen an die Hand zu geben, ſondern auch die Möglichkeit einer vergleichenden Benützung dieſer Bergordnungen und einer Ueberſicht über den auf ihnen beruhenden Rechtszuſtand zu verſchaffen".

Welchen Nutzen eine solche bisher kaum möglich gewesene „Uebersicht über den Rechtszustand im Bergwesen" für die damals schon ausgesprochene Tendenz der Codificirung des Bergrechts — also de lege ferenda — ausüben müsse, hob der Herausgeber in seiner Einleitung (S. X.) nachdrücklichst hervor, und man kann dieses Werk unbedenklich als den ersten Grundstein zum Baue eines neuen Bergrechts für Preußen ansehen [1]).

War mit diesem bei aller Reichhaltigkeit doch im Umfange beschränkten Werke die Kenntniß und Vergleichung des Bestehenden angebahnt und dem Studium aller Freunde einer Reform des Bergrechts der Text der bisherigen Gesetzgebung erschlossen, so konnte dieß doch eben nur als ein erster Schritt angesehen werden; der Herausgeber der „Bergordnungen" säumte aber nicht, einen zweiten Schritt nachfolgen zu lassen, der, unserer Ansicht nach, obwohl weit weniger glänzend, doch von vielleicht noch höherer Wichtigkeit gewesen ist. Wir meinen die schon 1861 in Bonn (A. Marcus) erschienene Schrift H. Brassert's: „Das Bergrecht des Allgemeinen Preußischen Landrechts in seinen Materialien nach amtlichen Quellen bearbeitet".

Der Inhalt desselben ist nichts Anderes, als der Abdruck einer Reihe von Entwürfen zu dem in das allgemeine preußische Landrecht aufgenommenen Titel 16, Thl. II „Vom Bergregal" mit den bei jedem Stadium der damaligen Gesetzgebung vorgebrachten Gutachten, Noten, monitis und Verhandlungen über die Grundbestimmungen derselben, worin sich die echten Materialien de lege ferenda in zum Theile heute noch als treffend zu bezeichnenden Aeußerungen von Pachaly, v. Heinitz, Thomas Wagner, Veltheim, Goßler, Oberpräsident Sack, Suarez, Carmer, Beyer, Gerhard, v. Grolmann, dann des später so berühmt gewordenen, damals dem Bergwerksfache angehörenden Minister v. Stein und anderer hervorragender preußischer Juristen und Bergmänner gesammelt finden und gewissermaßen die ganze geistige Arbeit einer Gesetzesredaction als ein paradigma für die be-

[1]) Ein ähnlicher Weg wurde auch in Oesterreich versucht, und die chronologisch-systematische Sammlung der Berggesetze der österreichischen Monarchie von Dr. Franz Anton Schmidt (1832—1834 in der Wiener k. k. Staatsdruckerei verlegt) würde denselben Zweck wie die Brassert'sche Sammlung erreicht haben, wenn man sie kritisch durchgeführt und nicht durch die Aufnahme zahlloser oft nicht einmal bedeutender Normalien und Vorschriften so weit ausgedehnt hätte, daß sie mit dem neununddreißigsten (!) Bande unvollendet abgebrochen werden mußte. Vergl. mein Handbuch der Bergrechtskunde. Wien 1855. S. 361—365.

vorſtehende ähnliche Arbeit am Auge des Leſers vorbeizieht. Wir glauben nicht zu irren, wenn wir annehmen, daß dieſes Buch die Redaction ſowie die Debatten des preußiſchen allgemeinen Bergrechts weſentlich gefördert und erleichtert hat. In dieſen amtlichen Acten aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts lagen viele der Fragen über die Grundlagen einer Berggeſetzgebung ſchon aufgelöst oder zur Löſung vorbereitet, — doch gleichſam lebendig begraben. Aus dieſem archivaliſchen Grabe hat ſie Braſſert herausgeführt, und die oben genannten Männer ſind als Lehrer auferſtanden für die neue Generation der Legislatoren, welche vielleicht kaum ganz genau ſich bewußt ſein mögen, wie viel an Anregung und Klärung ſie der Herausgabe der Materialien des preußiſchen Landrechts verdanken [1]).

Eine andere werthvolle aber kleinere Schrift iſt eine zuerſt als Vortrag bei einer Verſammlung von Berg- und Hüttenmännern zu Mähriſch-Oſtrau im Jahre 1866 bekannt gewordene, dann als beſondere Broſchüre gedruckte Schrift des königl. preuß. Berghauptmannes zu Halle, Dr. A. Huyßen, betitelt: „Die allgemeinen Verhältniſſe des preußiſchen Bergweſens mit Rückſicht auf ihre Entwicklung dargeſtellt", welche eine kurze und anſchauliche Ueberſicht des bergrechtlichen Zuſtandes vor dem Erſcheinen des neuen Berggeſetzes enthält. Dieſer Darſtellung entnehmen wir hier zum Verſtändniſſe der Complicirtheit der nun überwundenen Verhältniſſe im Weſentlichen nachſtehende Aufzählung von Bergordnungen, die wir der beſſern Ueberſicht wegen chronologiſch geordnet mit Angabe des Wirkungskreiſes derſelben anführen wollen.

1. Die Naſſau-Katzenellenbogen'ſche Bergordnung von 1559 für die ehemals naſſau-oraniſchen, ſeit 1815 preußiſchen Gebietstheile, wozu das induſtriell wichtige Fürſtenthum Siegen und einige kleinere rechtsrheiniſche Gebiete des Regierungsbezirkes Koblenz gehörten. Mit ihr zuſammenhängend ſind die ſogenannte „kleinere" Bergordnung von 1535 (publicirt 1492) und ältere naſſauiſche Verordnungen. Sie iſt eine der beſten älteren Bergordnungen und übertraf in ihrem Inhalt manche der ſpäteren Geſetze in dieſem Zweige.

2. Die Kurtrier'ſche Bergordnung von 1564, welche ſich nur in wenigen rechtsrheiniſchen Theilen des ehemals kurtrierſchen Landes — um Koblenz und Ehrenbreitſtein — erhalten hat. In dem links-

[1]) Aehnliche Vorarbeiten würden auch auf andern Gebieten die Geſetzgebungsarbeiten weſentlich fördern.

rheinischen Hauptheile des Kurstaates Trier ist sie seit der französischen Zwischenherrschaft von der französischen Gesetzgebung ersetzt worden.

3. Die Henneberg'sche Bergordnung von 1566 hatte in der einstigen Grafschaft Henneberg (jetzt Suhl in Thüringen, preußische Provinz Sachsen, einem Eisenindustriebezirke) Wirksamkeit.

4. Die Homburg'sche Bergordnung von 1570 für einige rechtsrheinische Theile des heutigen Regierungsbezirkes Cöln.

5. Die Kursächsische Bergordnung von 1589 nebst der Stollen-Ordnung von 1749 galt in den einst kursächsischen Gebietstheilen, die jetzt zur preußischen Provinz Sachsen gehören (seit 1815) und im Bezirk Altenkirchen, der in dem jetzigen Reg.-Bezirk Cöln liegt. Für diesen sächsischen Landestheil gilt auch das kursächsische Kohlenmandat von 1743, nach welchem die Steinkohlen vom Bergregal ausgeschlossen und dem Grundeigenthume einverleibt sind. Das gilt auch für die einst sächsischen, jetzt preußisch-schlesischen Theile der Ober-Lausitz und in den brandenburgischen, einst der Niederlausitz angehörenden Territorialtheilen. Diese Anomalie hat auch das neue Gesetz nicht gebrochen.

6. Die (unbedeutende) Wildenburg'sche Bergordnung von 1607 für die im gegenwärtigen Regierungsbezirke Arnsberg liegende Standesherrschaft Wildenburg.

7. Die Kurkölnische Bergordnung von 1669, sehr umfassend und selbst auf Dachschiefer und Marmor ausgedehnt, galt für die rechtsrheinischen Theile des einstigen Kurstaates, als: Deutz, Königswinter, Linz, Altenwied u. s. w., dann im Herzogthume Westphalen und im Gebiete Recklinghausen — also in einem der bergmännisch gegenwärtig blühendsten Districte Preußens.

8. Die Eisleben-Mannsfeld'sche Bergordnung von 1673 galt in der einstigen Grafschaft Mannsfeld, von der ein Theil 1779, ein anderer erst 1815 in Preußen einverleibt wurde, doch nur für den Kupferschieferbergbau!

9. Die Jülich-Berg'sche Bergordnung von 1719 in rechtsrheinischen Theilen der jetzigen Regierungs-Bezirke Cöln und Düsseldorf (einst das Herzogthum Berg und die Heerschaften Broich und Hardenberg).

10. Die revidirte Cleve-Märkische Bergordnung von 1766 für die einstigen Gebiete von Cleve und Mark (seit 1609 preußisch) und in den Gebieten der einstigen geistlichen Staaten Essen, Werden und Paderborn bei deren Mediatisirung im Jahre 1803

eingeführt. Sie umfaßt den größten Theil des reichen Steinkohlenbergbaues im Flußgebiete der Ruhr.

11. Die revidirte ſchleſiſche Bergordnung von 1769 für das damals acquirirte Schleſien, worin jedoch der Ausſchluß der Eiſenerze vom Bergregal und andere Bevorzugungen der Grundeigenthümer enthalten ſind.

12. Die Magdeburg-Halberſtädter Bergordnung von 1772, Anfangs für dieſe ſeit dem weſtphäliſchen Frieden erworbenen einſtigen Bisthumsländer erlaſſen, ſpäter über Nordhauſen, Mülhauſen und Erfurt ausgedehnt.

Dieſe drei ſogenannten revidirten Bergordnungen ſind Umarbeitungen älterer Ordnungen in der Fridericianiſchen Zeit, und daher untereinander in Geiſt und Inhalt verwandt. Dr. A. Huyßen bemerkt ſehr treffend darüber: „Dem Styl dieſer drei Bergordnungen merkt man es nicht an, daß ſie in der claſſiſchen Periode der deutſchen Literatur geſchrieben ſind. Sonſt aber ſind es echte Kinder ihrer Zeit. Mit dem Corporalſtock geſchrieben, ſind es dennoch ſehr weiſe Geſetze, die im allerhöchſten Maße fördernd auf den Bergbau gewirkt haben.“

13. Endlich muß der ſchon mehrmals erwähnte Titel 16 des II. Theils des Allgemeinen Landrechts („Vom Bergregal“) hiehergezählt werden, deſſen Publication auf den 5. Februar 1794 fällt, und dem die Idee eines einheitlichen Geſetzes für den Bergbau im ganzen preußiſchen Staate zu Grunde lag, — welche aber fallen gelaſſen wurde, ſo daß das „landrechtliche Bergrecht“ (wie Kürze halber jener 16te Titel auch genannt wird) nur als Subſidiarrecht neben den Provinzial-Bergordnungen und den ſeit 1815 mit den neu acquirirten Gebietstheilen recipirten Local-Bergordnungen derſelben geltend erachtet wurde und nur in jenen Landestheilen die volle Rechtskraft eines Principal-Rechtes genoß, welche bis dahin keine Particular-Berggeſetzgebung gehabt hatten, alſo in der Mark Brandenburg, Pommern, Oſt- und Weſtpreußen, einem Teile von Poſen (ein anderer Theil ſtand unter der ſchleſiſchen Bergordnung) und in jenen Theilen Weſtphalens, welche früher die Gebiete von Ravensberg, Minden, Teklenburg und Lingen gebildet hatten, oder dem Bisthume Minden angehörten. So groß und räumlich auch dieß Gebiet der directen Wirkſamkeit des „landrechtlichen Bergrechts“ war, ſo iſt es doch, wenn man die weſtphäliſchen Bezirke ausnimmt, der bergmänniſch dürftigſte. Erſt in neuerer Zeit fing in der Mark Brandenburg der Braunkohlenbergbau an in Betrieb zu kommen.

Aber auch damit ist die Mannigfaltigkeit der bis vor Kurzem noch aufrecht gebliebenen preußischen Berggesetzgebung nicht erschöpft, da im Jahre 1815 Gebietstheile zu Preußen gekommen waren, die weder ein früheres eigenes Bergrecht besaßen, noch dem Allgemeinen Landrechte unterworfen waren, wie der Kreis Wetzlar, Neu-Vorpommern mit Rügen und seit 1849 die Hohenzollern'schen Lande, für welche theoretisch das ungeschriebene gemeine deutsche Bergrecht als geltend angesehen wurde — was bei der bergmännischen Bedeutungslosigkeit dieser Districte ziemlich irrelevant in praktischer Beziehung war.

Neben dieser bunten Musterkarte von Bergordnungen in den östlichen Staatsgebieten, herrschte im Westen — auf dem ganzen linken Rheinufer — das französische Berggesetz vom 21. April 1810, principiell wesentlich vom deutschen verschieden, aber in vielen Punkten der Bergbau-Industrie der Neuzeit förderlicher, als die alten Gesetze, und in der Handhabung vom freieren Geiste des deutschen Bergrechts vortheilhaft modificirt. (Zwei rein locale Eigenthümlichkeiten in linksrheinischen Bezirken, nämlich das neutrale Gebiet von Moresnet bei Aachen und der Bezirk Saarbrücken mögen nur erwähnt werden; näher einzugehen ist bei der jetzigen einheitlichen Umgestaltung des gesammten preußischen Bergrechts nicht mehr nothwendig und für den Zweck dieser Darstellung überflüßig.)

Man begreift leicht, daß die Verschmelzung aller dieser so lange geschonten Provinzial- und Local-Bergordnungen aus drei Jahrhunderten und bis hart an die neuere Zeit hereinragend um so schwieriger sein mußte, als zwischen denselben viele wichtige Unterschiede herrschten, und als gerade die bergbaureichsten Provinzen Rheinland-Westphalen, Schlesien und Sachsen die meisten Eigenthümlichkeiten und innerhalb derselben erworbenen Rechtszustände aufzuweisen hatten.

Noch schwieriger war es, eine Verschmelzung einer allenfalls für die östlichen an alten Bergordnungen laborirenden Provinzen willkommenen neuen Codification mit dem linksrheinischen Berggesetze anzubahnen, welches dort — gleich anderen Resten der französischen Gesetzgebung — sich praktisch eingelebt hatte und den wesentlichsten Bedürfnissen des Bergbaues entsprach.

Es ist daher keineswegs auffallend, daß, so wie 1794 die Idee, das „landrechtliche Bergrecht" zum allgemeinen Berggesetze für den ganzen Staat zu erheben, mißlang, was vielleicht der minder scrupulösen Energie Friedrich des II. gelungen wäre, auch die verschiedenen späteren

Entwürfe eines einheitlichen Berggesetzes — todtgeborne Früchte der Legislation blieben!

Wie die „Einleitenden Bemerkungen" zu den Motiven des im Jahre 1865 den beiden Häusern des preußischen Landtages vorgelegten „Entwurf eines allgemeinen Berggesetzes" es aussprechen [1]), entstanden „in dem Zeitraume von 1829 bis 1850 nicht weniger als acht theils gedruckte theils ungedruckte Entwürfe zu einem allgemeinen Berggesetze, welches sowohl die Provinzial-Bergordnungen, den bergrechtlichen Abschnitt des allgemeinen Landrechts und das gemeine deutsche Bergrecht, als auch, wenigstens nach der Mehrzahl der Entwürfe, die in den linksrheinischen Landestheilen geltende französische Berggesetzgebung ersetzen sollte. Diese Versuche scheiterten jedoch zum Theile an äußeren Schwierigkeiten, hauptsächlich aber daran, daß damals über Bedürfniß, Aufgabe und Grundprincipien einer solchen Bergrechts-Reform noch sehr getheilte Ansichten bestanden, und selbst die Wünsche der Bergbautreibenden hinsichtlich der Beibehaltung oder Beseitigung der älteren bergrechtlichen Institutionen noch keineswegs übereinstimmten. In Folge dessen blieb auch der letzte den Kammern zu Anfang des Jahres 1850 vorgelegte Entwurf eines Allgemeinen Berggesetzes unerledigt".

Bei solchen inneren und äußeren Hindernissen trat nun allerdings eine zwölfjährige Pause ein, denn erst im Jahre 1862 wurde die Ausarbeitung eines neuen (des neunten) Entwurfes wieder in Angriff genommen. Aber die preußische Regierung hat diese Pause nicht unthätig verstreichen lassen, sondern die Reform einzelner, einer Verbesserung am dringendsten bedürfenden Theile des Bergrechts im Wege einer partiellen Novellen-Gesetzgebung frischweg begonnen und in 14 rasch einander folgenden, auf verfassungsmäßigem Wege zu Stande gebrachten Novellen nachstehende wichtige Partien im Geiste der neuen Legislation geregelt:

1. Die Besteuerung der Bergwerke, Gesetz vom 12. Mai 1851.

2. Die Verhältnisse der Miteigenthümer eines Bergwerkes, vom 12. Mai 1851.

---

[1]) S. 5 und 6 der Motive in der gedruckten Herrenhaus-Vorlage Nr. 6 1865, welche wir — als die authentische Quelle — vorwiegend benützen und citiren. Wir fügen aber zur Erleichterung der Leser, denen diese Quelle nicht zu Gebote steht, bei, daß sich die Motive nebst dem Entwurfe auch im 1. Hefte des 6. Jahrganges (1865) der Zeitschrift für Bergrecht von Brassert und Achenbach, und zwar obige Stelle auf S. 57; dann im Tribunalrath Hahn's Allg. Berggesch. f. die preußischen Staaten ꝛc. (Berlin 1865) auf S. 1 findet.

3. Die Vereinigung der Berg-, Hütten- und Salinenarbeiter in Knappschaften, Gesetz vom 10. April 1854.

4. Gesetz über die Abtretung von Grund und Boden zu bergbaulichen Zwecken für den außerlandrechtlichen Theil des Bezirkes Essen, vom 26. Februar 1855.

5. Gesetz über Führung der Berghypothekenbücher durch die Bergämter, vom 18. April 1855.

6. Gesetz über Bestrafung unbefugter Aneignung von Materialien, vom 26. März 1856.

7. Gesetz über Aufhebung der Bergamtssporteln, — ferner die Gesetze über die

8. Beaufsichtigung des Bergbaues durch die Bergbehörden, — und über das

9. Verhältniß der Berg- und Hüttenarbeiter, — alle drei vom 21. Mai 1860.

10. Gesetz über die Ermäßigung der Bergwerks-Abgaben, vom 22. März 1861.

11. Gesetz über die Anlegung von Hypothekenfolien für Kohlenbau-Gerechtigkeiten in den vormals sächsischen Landestheilen (wo die Mineralkohlen kein Object des Bergregals bilden), vom 1. Juni 1861.

12. Gesetz über die Competenz der Oberbergämter, v. 10. Juni 1861.

13. Gesetze über die Bergwerks-Abgaben, vom 20. October 1862, und über Abänderung des §. 13 des Gesetzes vom 12. Mai 1850 — betreffend die Berg-Abgaben —, vom 17. Juni 1863.

14. Gesetz über die Verwaltung der Bergbau-Hilfscassen, vom 5. Juni 1863.

Durch diese Novellen-Gesetzgebung, deren Uebergangs-Character zwar nicht ausgesprochen, aber stillschweigend allgemein anerkannt war, wurden nicht nur die Lücken der Provinzial-Berggesetze in wesentlichen Partien der Montan-Industrie ausgefüllt, sondern in eben denselben eine Harmonie und Gleichartigkeit der Bestimmungen, so wie deren Annäherung an die Wünsche und Forderungen des aus dem Rahmen der älteren Gesetzgebungen längst herausgewachsenen preußischen Bergbaues erzielt. Daß derselbe durch diese, wenn wir so sagen dürfen, „Intercalar-Gesetzgebung" nicht nur keine Störung, sondern mächtige Förderung erfuhr, läßt sich aus einigen Daten über den Aufschwung desselben erkennen, den er gerade in dieser Periode gewonnen hat. Der Werth der in Preußen gewonnenen Bergbauproducte hatte sich z. B. vom Jahre 1847—1862 von 10,900.000 Thaler auf 32,200.000

Thaler gehoben, die Zahl der beim Bergbau beschäftigten Dampfmaschinen hatte sich vom Jahre 1846, da sie die Ziffer von 274 erreicht hatte (1826 waren ihrer nur 58 im Gange), auf 1225 im Jahre 1858 gehoben, welche seither noch beträchtlich gestiegen ist; die Steinkohlenproduction allein (ohne Braunkohle) hat sich von 1847 mit 19,145.000 Tonnen (á 3.8 Zoll-Zentner) auf 65,394.000 Tonnen im Jahre 1862 gehoben. Letztere Ziffer entspricht etwa 261,767.000 Zoll-Zentner! — Aehnlich im Eisenwesen und den andern Betriebszweigen. Insbesondere wohlthätig wirkten die Gesetze über das Miteigenthum an Bergwerken, welche das bergmännische Gesellschaftswesen ordneten, über die Arbeiter-Verhältnisse und Knappschafts-Einrichtungen, über das Berghypothekenwesen, über die bergbehördliche Beaufsichtigung, wodurch die frühere starre Bevormundung des Privatbergbaues aufgehoben und die noch freiere Selbstbestimmung, welche das neue Gesetz gewährt, vorbereitet wurde, endlich die successive Erleichterungen bringenden Abgaben-Ermäßigungen vom Jahre 1851, 1861, 1862 und 1863.

Ein nicht zu unterschätzender indirecter Vortheil dieses von der Regierung eingeschlagenen Weges der allmäligen Reform durch Novellen war aber, daß in Folge derselben bei den Bergbautreibenden die zum Theil grundlose Abneigung gegen das Aufgeben ihrer Particular- und Provinzialrechte vermindert wurde, und aus der practischen Zweckmäßigkeit der neuen Gesetze, welche fast durchaus „angenehme" Modificationen der alten Berggesetze brachten, ein allseitiger Wunsch nach einer in diesem Geiste vorzunehmenden gänzlichen Reform der Berggesetzgebung hervorwuchs, welcher der im Jahre 1862 neu aufgegriffenen Codification des gesammten Bergrechts in der öffentlichen Meinung wesentlichen Vorschub leistete. Zugleich erprobten sich die einzelnen neuen Bestimmungen in der Praxis, man lernte ihre Vortheile, sowie die noch daran haftenden Lücken und Mängel kennen, gewann Zeit, auch den Erfolg in andern Staaten — wie Sachsen und Oesterreich — kennen zu lernen, wo man mit der Codification mehr unvermittelt durchgegriffen hatte, und konnte mit Recht sich freuen, durch den in so nützlich vorbereitender Weise verwertheten Aufschub, nicht wie es sonst leicht geschieht, günstige Zeit verloren, sondern vielmehr Gunst und Unterstützung gewonnen zu haben! Man kann das neue Berggesetz Preußens nicht vollkommen würdigen und kaum richtig auffassen, wenn man nicht diesen Gang seiner Vorbereitungen kennt und seiner Genesis überhaupt größere Aufmerksamkeit widmet.

Unter solcher ununterbrochener reformatorischer Thätigkeit war die so oft vertagte Frage der Codification des Bergrechts spruchreif geworden, und selbst darüber waren die bisherigen Zweifel gewichen, daß ein zu erlassendes neues Berggesetz das ganze Staatsgebiet einschließlich des Bereiches der französischen Berggesetzgebung am linken Rheinufer umfassen müsse.

Die Redaction eines auf solchen Grundlagen zu verfassenden Entwurfes wurde 1862 in die Hände des bei den wissenschaftlichen und practischen Vorarbeiten zur Reform des Bergrechts schon rühmlich bekannt gewordenen Oberbergrathes, später Geh.-Bergrathes H. Brassert gelegt und von ihm unter fördernder Unterstützung der Mitglieder der Bergwerksabtheilung des preußischen Ministeriums für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten im Schooße desselben ausgearbeitet, nebst den Motiven gedruckt, den Verwaltungs- und Gerichtsbehörden zur Begutachtung mitgetheilt, Handelskammern, Vereinen und einzelnen fachmännischen Privatpersonen zugesendet und überhaupt — auch durch den Abdruck in der Zeitschrift für Bergrecht — in die Oeffentlichkeit gebracht, wie dieß auch in ähnlicher Weise mit dem österreichischen Berggesetz-Entwurfe vom Jahre 1849 geschehen ist.

„Aus den bergbautreibenden und bergrechtskundigen Kreisen des In- und Auslandes" — so berichten die einleitenden Bemerkungen der Motive (S. 7) — „wurden im Ganzen 70 zum Theile sehr eingehende Gutachten abgegeben [1]). Dieses reichhaltige Material bildete die Grundlage für die Revision des vorläufigen Entwurfes, aus welcher demnächst der gegenwärtige (d. h. der den Kammern am 4. Jänner 1865 vorgelegte modificirte) Entwurf hervorgegangen ist."

Mit der Vorlage dieses Entwurfes an die beiden Häuser war ein kritischer Moment eingetreten; von der Aufnahme und Behandlung desselben hing es ab, ob Preußen ein codificirtes neues Bergrecht erhalten, oder ob diese Reform für lange hinaus aufgeschoben bleiben sollte. Denn, daß eine Verwerfung der Regierungsvorlage, oder eine Verschleppung derselben in langwierige Plenar-Versammlungen gleichbedeutend sein würden, konnte keinem Einsichtigen entgehen, besonders

[1]) Wir selbst haben, aufgefordert vom Herrn Geh. Bergrath Brassert, in dieser „Zeitschrift für Bergrecht" eine Reihe von Betrachtungen darüber von einem allgemeinen Standpunkte unter dem Titel „Beiträge zur Reform des deutschen Bergrechts" publicirt und mit Genugthuung aus dem Schlußentwurfe ersehen, daß manche unserer unmaßgeblichen Andeutungen auch Beachtung gefunden haben.

wenn derselbe das gespannte Verhältniß zwischen Regierung und Kammern in's Auge faßte, welches auch die Session von 1865 zu einer sehr unerquicklichen machte.

Aber die Anerkennung des Bedürfnisses für den Bergbau, welcher in Preußen eine geachtete Stellung einnimmt und von der Landesvertretung seit lange schon, eben durch die fast jährlich vorkommenden Vorlagen der einzelnen Novellen — besser gekannt und gewürdigt war, als es in Oesterreich, Baiern und andern Ländern von parlamentarischer Seite der Fall ist — sowie die zahlreichere und tüchtige Vertretung des Berg- und Hüttenwesens durch unabhängige Männer in den preußischen Kammern half über politische Bedenken hinaus, die so häufig nützlichen Schöpfungen für die wirthschaftlichen Interessen des Volkes entgegentreten, und nach einigen wenigen, meist zweckmäßigen und von den Regierungscommissären adoptirten Amendements der über den Entwurf eingesetzten Commission des Herrenhauses nahm dieses, so wie auf Antrag seiner Commission auch das Abgeordnetenhaus, den solcherart einverständlich amendirten Entwurf ohne Plenar-Debatte an und brachte so durch die am 24. Juni hinzutretende Sanction des Königs ein Gesetz zu Stande, welches buchstäblich eine neue Epoche für die Bergwerks-Industrie Preußens beginnt.

Wir können nicht umhin den Wunsch auszusprechen, daß in reinen Fachsachen dieses Beispiel eines nichts weniger als servilen Parlaments auch anderwärts Nachahmung fände. Wir in Oesterreich haben leider die entgegengesetzte Erfahrung gemacht, indem eine zweckmäßige Regierungsvorlage über die Bergwerksbesteuerung in den Plenarberathungen unseres Reichsrathes erschwerend amendirt wurde, und auch sonst in Gesetzen, welche fachmännische Specialkenntniß fordern, eine große Versammlung von Nichtfachmännern selten eine glückliche Hand bewährt.

III.

Allgemeine Bestimmungen des preußischen Berggesetzes.
(Titel I.)

Wir geben nun zum Inhalte des „Allgemeinen Berggesetzes für die preußischen Staaten" — dieß ist der officielle Titel desselben — über.

Was zunächst dessen äußere Eintheilung betrifft, zerfällt es in 12 Titel, von denen einzelne wieder in mehrere Abschnitte untergetheilt sind, durch welche durchgehends die Zahl von 250 Paragraphen fortgeführt ist.

Schon die äußere Eintheilung läßt viele Vergleichungen mit den 286 Paragraphe umfaſſenden öſterreichiſchen allgemeinen Berggeſetze vom 23. Mai 1854 zu, welche hier bei der Aufführung der Titel und Abſchnitte hervorgehoben werden. Dieſe ſind:

I. Titel. Allgemeine Beſtimmungen. §§. 1 und 2.

Das öſterreichiſche I. Hauptſtück hat die gleiche Aufſchrift, aber einen etwas weiteren Inhalt und umfaßt §§. 1—12.

II. Titel. Von der Erwerbung des Bergwerkseigenthums, und zwar:

1. Abſchnitt. Vom Schürfen. §§. 3—11.
2. Abſchnitt. Vom Muthen. §§. 12—21.
3. Abſchnitt. Vom Verleihen. §§. 22—38.
4. Abſchnitt. Vom Vermeſſen. §§. 39—40.
5. Abſchnitt. Von der Conſolidation. §§. 41—49.

Dieſem Titel mit ſeinen fünf Abſchnitten entſprechen die Hauptſtücke II. und III. des öſterreichiſchen Berggeſetzes mit ihren Aufſchriften Vom Schürfen und Vom Verleihen (§§. 13—39 und §§. 40—97). Das Muthen fällt durch die Erweiterung des Schürfrechts nach öſterreichiſchem Bergrechte theils weg, theils mit dem Verleihungsbegehren zuſammen, die Vermeſſung iſt in das Hauptſtück „Vom Verleihen" einbezogen (§§. 64—70) und die Conſolidation in das V. Hauptſtück des öſterreichiſchen Berggeſetzes aufgenommen (§§. 113—116), welches von den mit der Bergwerks-Verleihung verbundenen Rechten handelt.

III. Titel. Von dem Bergwerkseigenthume.

1. Abſchnitt. Von dem Bergwerkseigenthume im Allgemeinen. §§. 50—64.

2. Abſchnitt. Von dem Betriebe und der Verwaltung. §§. 65—79.

Im öſterreichiſchen Berggeſetze entſpricht dieſem Titel theils das V. Hauptſtück: Vom Bergwerkseigenthume und den mit der Verleihung verbundenen Rechten (§§. 108—133), theils Einzelnes aus dem VII. Hauptſtücke: Von der Bauhafthaltung und aus den XII. Hauptſtücke: Von der Oberaufſicht.

IV. Titel. Von den Rechtsverhältniſſen der Mitbetheiligten eines Bergwerkes. §§. 94—134.

Dieſer Titel fällt mit dem VI. Hauptſtücke des öſterr. B. G.: Von dem gemeinſchaftlichen Bergbaubetriebe und den Gewerkſchaften insbeſondere (§§. 134 bis 169) dem Umfange nach ziemlich zuſammen.

V. Titel. Von den Rechtsverhältniſſen zwiſchen den Bergbautreibenden und den Grundbeſitzern.

1. Abschnitt. Von der Grundabtretung. §§. 135—147.

2. Abschnitt. Von dem Schadenersatze für Beschädigungen des Grundeigenthums. §§. 148—152.

3. Abschnitt. Von dem Verhältnisse des Bergbaues zu öffentlichen Verkehrsanstalten. §§. 153—155.

Mit Ausnahme des letzten Abschnittes, dessen Gegenstand im österreichischen Berggesetze nur im §. 17 beim Schürfen vorübergehend berührt wird, entspricht obiger Titel beiläufig dem IV. Hauptstücke des österreichischen Berggesetzes (§§. 98—107) Von der Grund- und Wasser-Ueberlassung an Bergwerks-Unternehmer und dem Ersatze der Bergschäden. Doch finden sich einzelne hieher gehörende Bestimmungen schon im II. Hauptstücke: Vom Schürfen.

VI. Titel. Von der Aufhebung des Bergwerkseigenthums. §§. 156— 164.

Dieser Titel findet sein Analogon in dem XIV. Hauptstücke des österreichischen Berggesetzes: Von der Erlöschung, Entziehung und Zurücklegung der Bergbauberechtigungen. §§. 251—267.

VII. Titel. Von den Knappschafts-Vereinen. §§. 165—186.

Die Materien dieses Titels finden sich im österreichischen Berggesetze theils im IX. Hauptstücke: Von dem Verhältnisse der Bergwerksbesitzer zu ihren Beamten und Arbeitern, theils im X. Hauptstücke: Von den Bruderladen.

VIII. Titel. Von den Bergbehörden. §§. 187—195.

Dieser Gegenstand macht im österreichischen Berggesetze einen Theil des XII. Hauptstückes aus: Von der Oberaufsicht der Bergbehörden und dem Verfahren bei denselben (§§. 220—234), kommt aber auch schon in den §§. 6 und 7 der allgemeinen Bestimmungen vor.

IX. Titel. Von der Bergpolizei.

1. Abschnitt. Von dem Erlasse bergpolizeilicher Vorschriften. §§. 196—203.

2. Abschnitt. Von dem Verfahren bei Unglücksfällen. §§. 204 bis 206.

3. Abschnitt. Von den Uebertretungen bergpolizeilicher Vorschriften. §§. 207—209.

Diese Partie des Bergrechts behandelt das österreichische Berggesetz in den Hauptstücken: VII. Von der Bauhafthaltung (§§. 170 u. ff.), XII. Von der Oberaufsicht und dem Verfahren (§§. 220—234), XIII. Von den Strafen gegen die Uebertretung der Vorschriften des Berggesetzes

und theilweiſe auch im XIV. Abſchnitte Von der Erlöſchung, Entziehung und Zurücklegung.

X. Titel. Provinzialrechtliche Beſtimmungen. §§. 210 bis 214.

Analogien dafür trifft man im öſterreichiſchen Berggeſetze im Art. III.—V. des Kundmachungs-Patentes und im XVI. Hauptſtücke: Von den Uebergangs-Beſtimmungen (§§. 270—286).

XI. Titel. Uebergangsbeſtimmungen. §§. 215—241.

Entſpricht theilweiſe dem oben erwähnten gleichnamigen XVI. Hauptſtücke des öſterreichiſchen Berggeſetzes.

XII. Schlußbeſtimmungen. §§. 242—250.

Aehnliches findet ſich im öſterreichiſchen Berggeſetze im Kundmachungs-Patente.

Außer dieſen Haupttheilen hat das öſterreichiſche Berggeſetz noch die Verhältniſſe der Bergbau-Unternehmer unter ſich (VIII. Hauptſtück), die Bergwerks-Abgaben (XI. Hauptſtück) und die Pfand- und Vorrechte auf Bergwerke und deren Zugehör in Executions- und Concursfällen (XV. Hauptſtück) in ſein Bereich gezogen, von denen die erſte Partie im preußiſchen Berggeſetze anderweitig vertheilt iſt, die Abgaben aber und die Pfand- und Vorrechte der allgemeinen Geſetzgebung anheimgefallen und aus dem concreten Bergrechte ausgeſchieden ſind. Ja! auch in Oeſterreich beſteht außer der Maſſengebühr faſt nichts mehr aus dem Hauptſtücke Von den Abgaben aufrecht, da die Abgaben ebenfalls — nur nicht mit ſo günſtigem Erfolge wie in Preußen — Gegenſtand einer beſonderen geſetzlichen Verfügung geworden ſind.

Dieß iſt der äußere Rahmen des Geſetzes, der allerdings mit der Eintheilung der Materien im öſterreichiſchen Geſetze manche Analogien hat. Von höherer Wichtigkeit iſt die Vergleichung des Inhaltes beider Geſetze, welche ungeachtet bedeutender Verſchiedenheiten der Einzelbeſtimmungen, doch in den weſentlichſten Grundlagen eine nicht zu verkennende innere Verwandtſchaft aufweiſen, welche bei ſpäteren Reviſionen einer noch näheren Anknüpfung zu gemeinſamen Grundlagen eine freie Bahn eröffnet.

Eben deshalb müſſen wir uns mit dem Inhalte des preußiſchen Berggeſetzes eingehend und in ſyſtematiſcher Weiſe beſchäftigen, ohne uns überall an die legale Anordnung nach Titeln und Paragraphen allzuſtrenge zu binden.

Wir möchten zuvörderſt zwiſchen *weſentlichen* und *nicht weſentlichen* Beſtimmungen des Bergrechts unterſcheiden, und verſtehen unter *weſentlichen* ſolche, ohne deren Vorhandenſein man eigentlich von einem beſonderen *Bergrechte* gar nicht reden kann, während wir zu den *nicht weſentlichen* ſolche Verfügungen zählen, welche nicht aus der Eigenthümlichkeit der Bergbau-Verhältniſſe hervorgehen, ſondern entweder in gemeinſchaftlichen Grundſätzen oder in ſolchen Verwaltungsregeln ihre Begründung finden, die auch in Anwendung auf *andere* vom Bergbau verſchiedene Berufs- und Beſchäftigungszweige gedacht werden können. In Bezug auf die erſteren können allerdings in den meritoriſchen Einzelheiten des Inhaltes der Berggeſetze verſchiedener Staaten wichtige Unterſchiede, ſelbſt Gegenſätze vorkommen, aber es gibt eben gewiſſe Fragen des Bergrechts, welche nach der Natur des Bergbaubetriebes überall gelöst ſein müſſen, mag die Löſung derſelben was immer für eine ſein; während es andere gibt, bei denen es gleichgiltig ſein mag, ob deren Löſung in einem *beſonderen* Geſetze, oder durch die *allgemeine* Geſetzgebung erfolgt, ja! ob ſie überhaupt vom Staate legislatoriſch verſucht, oder vielleicht ganz und gar offen gelaſſen werden, oder etwa mit der Eigenthümlichkeit des Bergbaugewerbes nur loſe verbunden, mit nichtbergmänniſchen Fragen gemeinſchaftlich behandelt werden.

Was für Mineralien in das Bereich einer beſonderen (Berg-) Geſetzgebung einbezogen werden, in welcher Weiſe deren Aufſuchung, Gewinnung und die damit verbundenen Rechtsverhältniſſe geregelt werden, in welchen Fällen ſie aufhören, Gegenſtand der Berggeſetzgebung zu ſein, und wie insbeſondere das Verhältniß des Staates zur Erwerbung und zur Ausübung von Bergbaurechten geordnet wird — das ſind ſolche *weſentliche* Bergrechts-Materien; während z. B. manche Beziehungen zwiſchen Bergbauunternehmern und Arbeitern, die Beſteuerung des Bergbaues, der bergmänniſche Unterricht, rein privatrechtliche Acte (Kauf, Verkauf, Pacht, Erbfolge u. dergl.), oder das gerichtliche Verfahren in Streitſachen, bei Concurſen, Privilegien u. ſ. w. zu den *nicht weſentlichen* Materien gehören, welche in manchen Berggeſetzen behandelt werden, in anderen hingegen fehlen, ohne daß deshalb eine Unvollſtändigkeit des Geſetzes daraus angenommen werden könnte.

Dieſe Unterſcheidung des *weſentlichen* und des *nicht weſentlichen* Inhaltes der Berggeſetzgebung iſt insbeſondere für das *vergleichende Studium* derſelben nützlich, wobei die Uebereinſtimmung von Berggeſetzen verſchiedener Zeiten und Länder in der we-

ſentlichen Beſtimmung nicht nur intereſſant, ſondern auch als Fingerzeige zu einer Gemeinſamkeit ſchon beſtehender oder künftig zu verknüpfender Berggeſetzgebungen hochwichtig erſcheinen kann, während ſelbſt, wenn man geradezu auf eine ſolche Gemeinſamkeit losſteuert (wie ſie z. B. in den deutſchen Staaten in Betreff des Wechſel- oder Handelsrechtes ſchon erreicht iſt), Differenzen in nicht weſentlichen Punkten als kein Hemmniß ſolcher Gemeinſamkeit angeſehen werden können, des Spruches eingedenk, der eben die freie Einigung von der gewaltſamen Einerleiheit ſcheidet, nämlich: In necessariis unitas, in dubiis libertas!

Bei dem uns vorliegenden preußiſchen Berggeſetze iſt daher die Frage nach deſſen weſentlichen oder Grundbeſtimmungen die nächſte, und die Löſung dieſer Fragen iſt es, welche über den Werth und die Zweckmäßigkeit des ganzen Geſetzes, über ſeine Eignung, die Grundlage weiterer Reformen oder einer Einigung nachbarlicher Geſetzgebungen zu bilden und über das Maß des Fortſchrittes gegenüber der vorangegangenen Geſetzgebung entſcheidet.

Als die erſte ſolcher weſentlichen Fragen ſtellt ſich die des Rechtsgrundes der unmittelbaren Erwerbung von Bergwerkseigenthum heraus.

Wir begegnen bei Löſung derſelben einer eigenthümlichen Schwierigkeit für Preußen, während eine andere Art von Zweifeln und Bedenken auch bei der Reform der übrigen Berggeſetzgebungen deutſchen Urſprungs ſich ergeben hat.

Preußen hat in ſeinem bisherigen Bergrechte eine doppelte Baſis für die unmittelbare Erwerbung gehabt; die deutſch-bergrechtliche des „Bergregals“ und die ein Bergregal nicht anerkennende Verleihung des franzöſiſchen Rechtes in den linksrheiniſchen Provinzen. Da es ſich um ein einheitliches Bergrecht für das ganze Königreich handelte, und man doch nicht das franzöſiſche Recht über den rechtsrheiniſchen und öſtlichen Theil desſelben ausdehnen wollte, ſo blieb nur die Wahl, entweder das in neueſter Zeit theoretiſch ſehr ſtreitig gewordene „Bergregal“ nach der linken Rheinſeite zu verpflanzen, oder dieſes vielfach erſchütterte Regalitäts-Princip ſelbſt bei Seite zu ſchieben. Letzteres geſchah und es wurde gewiſſermaßen dieſer radicale Einſchnitt in das alte deutſche Bergrecht durch die Beibehaltung des altbergrechtlichen Finderrechts ausgeglichen.

Hören wir vorerſt die Motive des Entwurfes und die Vota der Landtags-Commiſſionen über dieſen Punkt:

Die Motive (S. 21) ſagen: „Nach der gegenwärtigen Berggeſetzgebung in Preußen, und zwar übereinſtimmend nach der links- wie rechtsrheiniſchen, ſind gewiſſe Mineralien dem Verfügungsrechte des Grundeigenthümers entzogen und demjenigen des Staates vorbehalten. Der Rechtsgrund hiefür liegt rechtsrheiniſch in dem Bergregale und der ſogenannten Freierklärung des Bergbaues, linksrheiniſch in den poſitiven Feſtſetzungen des Bergwerksgeſetzes vom 21. April 1810. Dieſe Verſchiedenartigkeit im Rechtsgrunde hebt der (ſeither Geſetz gewordene) Entwurf unter Beſeitigung der Bergregalität auf, hält dagegen an dem Grundſatze der Trennung des Bergbaues vom Grundeigenthume feſt. In letzterer Beziehung ſteht der Entwurf auf dem Boden einer vollendeten, durch einen mehrhundertjährigen Beſtand unumſtößlich gewordenen Thatſache, weshalb es hier einer Wiederholung der anerkannten volkswirthſchaftlichen Gründe für die Ausſchließung gewiſſer Mineralſchätze von dem Grundeigenthumsrechte nicht bedarf. — Eben ſo unumſtößlich, wie die rechtliche Trennung dieſer Mineralien vom Grundeigenthume, erſcheint auch das zweite Grundprincip des ſeitherigen rechts- und linksrheiniſchen Bergrechts, nach welchem dieſe Mineralien keiner monopoliſtiſchen Benutzung von Seiten des Staates unterliegen, ſondern unter beſtimmten geſetzlichen Vorausſetzungen für den freien induſtriellen Verkehr beſtimmt ſind und die Grundlage eines auf den wirthſchaftlichen Kräften des Volkes fußenden großartigen Gewerbebetriebes bilden. Die allgemeine Bergbaufreiheit iſt auf der rechten Rheinſeite durch einzelne Ausflüße des Bergregals, auf der linken Rheinſeite durch Ausſchließung eines Rechtsanſpruches auf die Verleihung abgeſchwächt. Der Entwurf (jetzt: das Geſetz) befreit aber das Princip von den beiderſeitigen Einſchränkungen. — Daß die von dem Verfügungsrechte des Grundeigenthümers ausgeſchloſſenen unterirdiſchen Mineralien der Dispoſition des Staates vorbehalten bleiben und die Benutzung derſelben der ſtaatlichen Oberaufſicht unterliegt, findet ſeine Begründung nicht nur in dem beſtehenden Rechtszuſtande, ſondern auch darin, daß der Staat die Aufgabe hat, die durch den Bergbau berührten öffentlichen, namentlich bergpolizeilichen Intereſſen zu wahren und den natürlichen Conflict zwiſchen Bergbau und Grundeigenthum zu vermitteln. Indeß bedarf es, um dieſes Verhältniß des Staates zum Bergbau geſetzlich zu regeln, der Beibehaltung des Regalitätsprincipes nicht. Es erſcheint vielmehr vom Standpunkte der Rechtsentwicklung in Preußen nothwendig und auch ohne Schwierigkeiten aus-

führbar, den rechtlich wie praktisch unhaltbaren Begriff des Bergregals [1]) zu beseitigen."

„Hierbei" — fahren die Motive fort — „kommt schon der Umstand in Betracht, daß, nachdem das Bergregal mit allen seinen Consequenzen in den linksrheinischen Landestheilen seit länger als einem halben Jahrhundert beseitigt ist, dort eine Rückkehr zu demselben nicht ausführbar sein würde. Aber auch rechtsrheinisch hat das Bergregal, welches bereits durch das allgemeine Landrecht seinen ursprünglichen, mehr privatrechtlichen Character abgelegt und die Bedeutung eines Hoheitsrechtes angenommen hatte, eine noch entschiedenere Umgestaltung in dieser Richtung durch die Novellengesetzgebung der jüngsten Periode erfahren. Zudem wird weder der Staat noch der Bergbau durch das Aufgeben des Bergregals mit Nachtheilen bedroht. Denn was das aus letzterem hergeleitete, aber angefochtene

[1]) An dem von vielen Seiten als ein „Eigenthumsrecht" des Staates oder des Landesfürsten an den unterirdischen Mineralien aufgefaßten Bergregalitätsrechte hat im Jahre 1837 Carl Fried. Gottl. Freiesleben in einer kleinen Schrift über die Grundlagen der sächsischen Bergwerksverfassung, die 1839 nach dem Tode des Verfassers unter dem Titel „Der Staat und der Bergbau" (Wigand, Leipzig) durch Professor Bülow publicirt wurde, mit dem Erfolge gerüttelt, daß seit jener Zeit die Angriffe gegen die fiscalische Auffassung des Bergregals nicht mehr aufgehört haben. Professor Fr. X. Schneider's Lehrbuch des Bergrechts, Prag 1848, hatte sich, das erste in Oesterreich, von diesem fiscalischen Standpunkte losgesagt. G. Wenzel, Handbuch des allgemeinen österreichischen Bergrechts (Wien 1855) unterscheidet ein eigenes „Berghoheitsrecht", während H. Georg Ernst Otto in den Studien auf dem Gebiete des Bergrechts (Hamburg 1856) die Bergregalität lediglich als historisches Curiosum abfertigt. Unter den älteren Stimmen über die Natur des Bergregals können wir aber nicht umhin, an dieser Stelle, auf die schon bei Berathung des preußischen allgemeinen Landrechts in den Jahren 1785 oder 1786 von dem damals an der Redaction des preußischen Civilrechts hervorragend betheiligten Geh. Oberjustizrathe Suarez aufgestellte Ansicht hinzuweisen, nach welcher die Regalien „im engeren Verstande" nach Verschiedenheit des Objectes in drei Hauptclassen zu bringen vorschlug. Diese bestehen nach ihm: I. In dem jure occupandi res nullius et res derelictus, II. in dem Rechte auf flumina publica, portus et litora maris, und III. in dem Rechte auf vias publicas. Als species des juris occupandi zählt er auf 1. das Bergwerksregal, 2. das Salzregal, 3. das Recht, bona vacantia einzuziehen, 4. das Jagd-Regal, 5. das Strand-Recht, 6. das Recht auf thesaurus ꝛc. — Bezüglich der Ausführung dieser Entscheidung müssen wir auf das schon oben erwähnte Werk: Das Bergrecht des allgemeinen preußischen Landrechts in seinen Materialien ꝛc. von H. Brassert (Bonn 1861) S. 43 u. ff. verweisen. — Eben so muß hier, um nicht in eine ausführliche Abhandlung über die Theorie des Bergrechts zu gerathen, im Allgemeinen auf der Literatur des Bergrechts, insbesondere auf Wenzel (oben a. O.), auf Kreßner Systematischer Abriß des Bergrechts in Deutschland, Freiberg 1858, S. 21—24, und auf Schomburg, Betrachtungen verwiesen werden.

Recht des Staates zur Reservation gewisser Districte für den eigenen Bergbau betrifft, so hat es keinerlei Bedenken, in Zukunft die unmittelbare Erwerbung von Bergwerkseigenthum für Rechnung des Staates von denselben Gesetzesvorschriften abhängig zu machen, welche für den Privatbergbau maßgebend sind. Eben so wenig liegt auch ein Bedürfniß vor, das Recht des Staates zur Erhebung von Bergwerks-Abgaben mit dem Bergregale in Verbindung zu erhalten, zumal hiedurch die bekannte Streitfrage über die rechtliche Natur der Bergwerksabgaben als allgemeine Staatssteuer oder als Real-Last hervorgerufen ist. Endlich geschieht dem allgemeinen Staats- und Bergbauinteresse auch dadurch kein Abbruch, daß die Uebertragbarkeit der im Bergregale enthaltenen Rechte des Staates an Privatpersonen in Wegfall kommt. Hiermit sind aber die Ausflüsse des Bergregals, soweit solche für Preußen noch practische Bedeutung haben, erschöpft" [1]).

Um der Einwirkung des Staates auf den Bergbau nach der Beseitigung des Bergregals eine neue rechtliche Grundlage zu geben, bedarf es aber auch der Aufstellung eines besonderen Berghoheitsrechts nicht. Es reichen vielmehr die gesetzlich bereits anerkannten allgemeinen Hoheitsrechte, namentlich die Justiz-, Polizei- und

---

[1]) Dieß gilt in gleichem Maße für Oesterreich. Denn auch hier hat der §. 12 des Berggesetzes vom 23. Mai 1854 allen Privilegien des Staatsbergbaues, mit den auch in Oesterreich nicht ganz unbekannten Feldreservationen, deren letztes Auftreten in den privilegirten Staatsschürfungen von 1842—1849 in frischer Erinnerung sein dürfte, ein Ende gemacht. Die Verwandlung der „Frohne" in die Einkommensteuer ist der zweite analoge Schritt, wobei nur noch die Maßengebühr und die Freischurfgebühr als specielle Real-Lasten leider! noch übrig sind; und daß die Uebertragbarkeit der Bergregalsrechte an Private bei uns aufgehört hat, ist ebenfalls bekannt, indem derlei übertragene Rechte der Stände von Böhmen, Mähren, Schlesien, so wie einzelner Privater in andern Ländern theils durch das Gesetz vom 14. Februar 1850, theils durch das neue Berggesetz selbst weggefallen sind. Darum konnte auch der österreichische Berggesetz-Entwurf von 1849 das Wort und den Begriff des Bergregals ganz füglich weglassen, wie es auch geschah. Daß er dennoch in den §. 3 des Ges. v. 1854 wieder hineinkam, erklärt sich daraus, daß die heute ziemlich allgemein anerkannten Ansichten, von denen die preußischen Motive ausgingen, damals in Oesterreich — und wohl auch in Deutschland — nur von einzelnen Bergjuristen verfochten wurden, in den maßgebenden administrativen Kreisen aber noch nicht so weit Wurzel gefaßt hatten, um die fiscalischen Regalitäts-Auffassungen genügend zu erschüttern. Jetzt noch sind viele Bergleute der Ansicht, in jenem „Regalitätsbegriffe" stecke das Wesen des Bergbaues, nicht ahnend, daß es ohne dessen Gegengewicht „der Freierklärung" das Bergregal an sich ein Hemmniß des Bergbaues gewesen wäre, und daß in Frankreich, Belgien, England, wo man nichts davon weiß, der Bergbau sich nichtsdestoweniger großartig, ja! weit großartiger als bei uns entwickelt hat! —

Finanzhoheit, vollständig aus, um die dem Staate bezüglich des Bergbaues einzuräumenden Befugnisse unter dieselben zu ordnen."

„Wenn nun das Berggesetz einerseits die demselben unterworfenen Mineralien von dem Verfügungsrechte des Grundeigenthümers ausschließt, und andererseits, ohne ein Eigenthumsrecht des Staates an diesen Mineralien oder auch nur ein privilegirtes Occupationsrecht des Staates anzuerkennen, die Benutzung der fraglichen Mineralien von einer auf der hoheitsrechtlichen Gewalt des Staates beruhenden Berechtigung abhängig macht, so erhalten hierdurch die Handlungen und Vorgänge, durch welche das Recht zum Bergwerksbetriebe erworben wird, einen *specifisch-bergrechtlichen* Character. Es ergibt sich die Nothwendigkeit, *besondere* Rechtsvorschriften über die Erwerbung des Bergwerkseigenthumes — das Schürfen, Muthen und Verleihen — aufzustellen und den rechtlichen Inhalt des verliehenen Bergwerkseigenthums zu bestimmen. — Hiermit ist aber auch die Aufgabe des Berggesetzes für diesen Theil seines Gegenstandes erschöpft. Denn lediglich der wissenschaftlichen Thätigkeit muß es überlassen bleiben, die den Vorschriften des Berggesetzes zu Grunde liegenden *Theorien* zu entwickeln, die Begriffe und das System aus diesen Vorschriften zu construiren u. s. w."

Dieser Standpunkt der Motive, im Gesetze selbst nur die *positiven Bestimmungen* auszusprechen (lex jubet), sich aber in theoretische Begründungen und Aufstellung des sehr schwankend gewordenen Regalitätsbegriffes nicht einzulassen, wurde auch, sowie von uns selbst, von den Commissionen der beiden Häuser des Landtages getheilt (vgl. die Commissionsberichte des Herrenhauses S. 6, und des Abgeordnetenhauses S. 13).

Dadurch hat das preußische Bergrecht jedenfalls an Bestimmtheit und Klarheit gewonnen und hoffentlich Bahn für die Reform auch im übrigen Deutschland gebrochen.

Diese Neuerung ist eine *wesentliche*, und macht die mehr oder minder willkürlichen fiscalischen Auslegungen des alten und viel mißbrauchten Bergregals in Hinkunft unmöglich. Dem *Geiste* nach ist dieß wohl auch im österreichischen Berggesetze der Fall, denn §§. 1 und 12 desselben zeigen dieß deutlich, trotz des ersten Absatzes des §. 3, welcher durch Wiederaufnahme der aus dem Entwurf bereits eliminirt gewesenen „Bergregalität" der damals herrschenden Richtung eine Concession macht, ohne jedoch im Gesetze selbst von weiteren Folgen zu sein. Ja! man würde es dem Gesetze gar nicht anmerken, daß eine Lücke ent-

standen sei, wenn man jenen Absatz weglassen und den zweiten Absatz des §. 3 unmittelbar an §. 1 anschließen wollte!

Minder wesentlich erscheint es, daß die preußische Gesetzgebung die taxative Aufzählung der unter das Berggesetz fallenden Mineralien einer generellen Bestimmung darüber, wie sie im österreichischen Gesetze vorkommt (§. 3, zweiter Absatz), vorgezogen hat. Die Herrenhaus-Commission rühmt es, daß der Entwurf von dem richtigen Grundsatze ausgegangen sei, „daß nur solche Mineralien dem Verfügungsrechte des Grundeigenthumes entzogen werden, welche für die allgemeine Gewerbsthätigkeit vorzugsweise wichtig sind", und daß selbe, „um jeden Zweifel zu heben, einzeln aufzählte".

Wir können uns nicht überzeugen — und die Zeit wird uns vielleicht Recht geben —, daß mit dieser Aufzählung allen Zweifeln vorgebeugt wird, und möchten der österreichischen generischen Bestimmung, „alle: Mineralien, welche wegen ihres Gehaltes an Metallen, Schwefel, Alaun, Vitriol oder Kochsalz brauchbar sind; ferner (in taxativer Aufzählung) Zementwässer, Graphit und Erdharz endlich alle Arten von Schwarz- und Braunkohle" immer noch einen Vorzug einräumen. Allein diese Differenz ist keine wesentliche, ihre Erörterung würde uns zu weit in mineralogische und technische Einzelheiten führen, wir gehen daher lieber zu einem wichtigeren Hauptpunkte über, nämlich zu dem auch in das neue preußische Bergrecht, und zwar mit besonderem Nachdrucke, aufgenommenen alt bergrechtlichen Grundsatze des „Rechtes des ersten Finders", von welchem das österreichische Berggesetz vom Jahre 1854 in einer ihm eigenthümlichen Weise abgewichen ist.

Es ist nicht zu verkennen, daß, insbesondere nach der Beseitigung des Bergregalitätsbegriffes, der wohl vorwiegend durch die Rücksicht auf die linksrheinische Berggesetzgebung erleichtert war, die Aufnahme des deutsch-bergrechtlichen Finderrechts gewissermaßen postulirt war, um nicht zu sehr nach der linken Rheinseite hinzuneigen und um den dort fehlenden Anspruch des der Zeit nach ersten Unternehmers auf die Verleihung im deutschrechtlichen Sinne zu conserviren. Wir verkennen nicht, obwohl wir noch immer, und trotz ihrer verfehlten Ausführung, die Idee des „Freischurfs" im österreichischen Bergrechte für einen viel zu wenig erkannten und gewürdigten Fortschritt halten, daß bei der Reform des preußischen Bergrechts aus der oben angedeuteten Rücksicht das Finderrecht in seiner älteren Bedeutung sehr viel Empfehlenswerthes hatte und müssen dem Gesetze nachrühmen, daß

dessen Einfügung in das möglichst den Verhältnissen der Neuzeit angepaßte Gesetz mit außerordentlichem Geschick durchgeführt erscheint, wogegen gerade das österreichische Freischurfrecht viel von seinem praktischen Werthe durch die casuistische und complicirte Art seiner Ausführung eingebüßt hat.

Um diesen Gegenstand genügend zu erörtern, muß man den II. Titel des preußischen Berggesetzes: „Von der Erwerbung des Bergwerks-Eigenthums" in seinem Zusammenhange betrachten.

IV.

Erwerbung des BergwerksEigenthums.

Schürfen und Muthen. (Titel I. und II.)

Das preußische Berggesetz hat die drei Stadien des gemeinen deutschen Bergrechts „Schürfen, Muthen und Verleihen" beibehalten, während das österreichische Gesetz das Muthen eliminirte und theils mit dem Verleihungsacte verschmolzen, theils im „Freischurf" wesentlich modificirt hat.

Zunächst schon beim Schürfen mußte sich die neue preußische Gesetzgebung in so ferne auf den deutschen Standpunkt stellen, als sie dem zu weit gehenden Schutze des Grundeigenthumes, den die französische linksrheinische Gesetzgebung enthielt, etwas von der alten deutschen „Schurffreiheit" entgegenhielt, dabei aber im Interesse der seit der Entstehung des alten deutschen Bergrechts mächtig entwickelten Interessen und Werthsteigerung des Grundeigenthums, diesen gegenüber die alte „Schurffreiheit" noch mehr modificiren mußte, als es bereits in den dem vorigen Jahrhunderte angehörenden „revidirten" Bergordnungen und dem „Landrechte" geschehen war.

Die „Motive", welche gerade in dieser Materie höchst lesenswerth sind, und die wir aber doch nicht in extenso hier einschalten können, bemerken an dieser Stelle sehr treffend: „In den Reformen, welche die Lehre vom Schürfen in der neueren Berggesetzgebung anderer Staaten erfahren hat, tritt eine gemeinsame Richtung hervor, welche sich darin kennzeichnet, daß zwar die Schürfunternehmungen von der Willkür des Grundeigenthümers unabhängig erhalten, jedoch die Interessen und natürlichen Rechte des Letzteren mehr berücksichtiget, und daß ferner den Schürfern gewisse Vortheile zugestanden sind, um zu Schürfarbeiten aufzumuntern und die Aufwendung von Arbeit und Capital auf solche

Art Versuche zu belohnen; womit dann Modificationen des älteren Finderrechts zusammenhängen".

Schon beim ersten Stadium — dem Schürfen — tritt uns eine interessante Neuerung des Gesetzes vom Jahre 1865 entgegen, welche auf den ersten Anblick den mit dem bisherigen deutschen Bergrechte vertrauten Leser überrascht: das neue preußische Berggesetz fordert keinen Schurfschein!

Es faßt nämlich die Schurffreiheit derart auf, daß Jedermann unter Befolgung der allgemeinen im Gesetze gegebenen Vorschriften schurfberechtigt sei. Diese Vorschriften unterscheiden drei Fälle, nämlich: Schürfen auf eigenem Grund und Boden, Schürfen auf fremdem Grund und Boden, und gänzlich der Beschürfung entzogene Gebiete. — In letzterer Beziehung sind öffentliche Plätze, Straßen, Friedhöfe, aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses auch andere Grundstücke, nach Entscheidung der Bergbehörde Gebäude, deren Umkreis bis 200 Fuß, Gärten und eingefriedete Hofräume dem allgemeinen Schurfrechte entzogen, letztere wenigstens, sofern nicht der Grundbesitzer ausdrücklich es bewilligt (§. 4) [1]. Ueber diese Bestimmung, welche kein neueres Berggesetz ignoriren kann, ist wohl jede weitere Motivirung überflüßig.

Nachdem die Bergregalität aufgehoben und der Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigenthums erst mit dem „Funde" eintritt, das Schürfen aber auf das Aufsuchen bis zur Erreichung des Fundes beschränkt blieb, war es allerdings nicht nöthig, den Grundbesitzer, der seinen eigenen Grund und Boden untersuchen will, an eine Bewilligung zu binden, zumal ihm das Gesetz hiezu kein ausschließliches Recht zu gewähren befunden hat. Das Jedermann zuerkannte Schurfrecht steht ihm daher ohne Weiters auf eigenem Grund und Boden zu, und das preußische Gesetz fand es nicht einmal für nöthig, es direct auszusprechen, sondern begnügt sich mit der Bestimmung für den entgegengesetzten Fall (§. 5): „Wer zur Ausführung von Schürfarbeiten fremden Grund und Boden benutzen will, hat hierzu die Erlaubniß des Grundbesitzers nachzusuchen," was indirect das freie Schurfrecht auf eigenem Grunde ausdrückt. Um aber die Schurffreiheit nicht durch das Bewilligungsrecht des Grundbesitzers illusorisch zu machen, setzt der §. 5 unmittelbar hinzu: „Mit Ausnahme der im

[1] Fast analog und in gleichem Geiste lauten die Bestimmungen der §§. 17 u. 18 des österr. B. G. v. 23. Mai 1854.

§. 4 bezeichneten Fälle muß der Grundbesitzer, er sei Eigenthümer oder Nutzungsberechtigter, das Schürfen auf seinem Grund und Boden gestatten", und läßt, wenn über die Gestattung keine Einigung zwischen Beiden zu Stande kommt, das Oberbergamt durch Beschluß darüber entscheiden, „ob und unter welchen Bedingungen die Schurfarbeiten unternommen werden dürfen", wobei aber das Oberbergamt nur in den Fällen des §. 4 die Ermächtigung gänzlich versagen kann, in Betreff der Entschädigung aber die Caution (wenn eine Vereinbarung nicht erzielt wird) ohne Gestattung des Recursweges festsetzt (§. 8).

So ungewohnt diese „Einfachheit" des Schurfverfahrens dem an bergämtliche Schurfgesuche und deren Bewilligung und überhaupt an behördliche Bevormundung gewohnten Bergjuristen erscheinen mag, muß man sie doch als sehr zweckmäßig und dem Bergbau ganz ungefährlich anerkennen. — In der Regel kann ja doch die einfache Schurfbewilligung behördlich nicht versagt werden, wenn nicht die im §. 4 des preußischen, und §§. 17 u. 18 des österreichischen Gesetzes berührten öffentlichen und privatrechtlichen Schurfhindernisse im Wege stehen; andererseits muß auch nach erhaltener Schurflicenz der Schurfberechtigte zunächst zur althergebrachten „Begrüßung des Grundeigenthümers", also zur Verhandlung mit demselben, verhalten werden, weil ja doch auch das aus dem Regale abgeleitete Benützungsrecht fremden Bodens nicht ohne Entschädigung stattfinden kann. Letztes fällt selbstverständlich weg, wenn Schürfer und Grundbesitzer eine und dieselbe Person sind. Wenn daher im Allgemeinen ausgesprochen wird, daß der Grundbesitzer auch fremden Schürfern das Schürfen gestatten muß, und im Falle der Weigerung die Behörde entscheidet, und zwar zu Gunsten der nur „gesetzlich" beschränkten Schurffreiheit entscheidet, ist in der That der ganze Apparat des Schurflicenzwesens überflüßig, und sein Wegfallen Ersparung von Zeit und Kosten für den Schürfer wie für den Staat, dessen Organe eine wesentliche Geschäftsentlastung erfahren, ganz abgesehen davon, daß indirect durch diese Vereinfachung der alte Grundsatz wahrer Freiheit anerkannt wird, nämlich: der Staat habe erst dann mit seiner Autorität einzutreten, wenn ohne dieselbe das allgemeine Recht jedes Einzelnen oder das öffentliche Interesse gefährdet sind. Ein gutes Stück unnützer behördlicher Ingerenz ist damit beseitigt oder doch auf das rechte Maß reducirt. — Wo man noch das Regal in seiner mehr minder fiscalischen Vorbehalts-Bedeutung dem Bergrechte zu Grunde legt, muß freilich consequent sogar

der Schürfer auf eigenem Grund und Boden die nie zu verſagende Bewilligung erſt begehren und erhalten (§. 14 des öſterr. B. G.)!

Man wird aber hoffentlich aus der Praxis des preußiſchen Bergrechts bald lernen, daß dieſe vereinfachte Ausübung der Schurffreiheit dem Bergbau mindeſtens eben ſo wohl anſchlagen wird, als die mit Geſuchen und Bewilligungen umpanzerte, und von der unklaren Regalitätstheorie getragene Schurffreiheit der älteren deutſch-bergrechtlichen Auffaſſung. — Das preußiſche Geſetz hat dabei ſich mit glücklichem Tact an die linksrheiniſche (franzöſiſche) Grundanſicht angelehnt, ihr aber durch das Wörtchen „muß", das es der Geſtattung des Grundbeſitzers beigefügt, die deutſchrechtliche Schurffreiheit inoculirt. Von ſolcher Aneignung fremder neuerer Rechtsanſchauungen mag wohl gelten, was Horatius von der Aufnahme fremder Worte in die Sprache ſagt:

„Et nova, fictaque nuper habebunt verba fidem si
Graeco fonte cadant, parce detorta."

Dieſer den Formalitäten einer doch gewiß nicht zu verewigenden Bevormundung abholden Anſchauung iſt auch die Beſtimmung des preußiſchen Bergrechts (§. 11) entſprungen, nach welcher der Schürfer über die beim Schürfen gewonnenen Mineralien ohne beſondere Bewilligung zu verfügen.

Dabei jedoch drängt ſich uns eine nicht unwichtige Einwendung auf. Sind unter dieſen Mineralien, über die der Schürfer verfügen darf, wie es faſt ſcheint, die ſogenannten Bergwerksmineralien zu verſtehen, ſo wird wohl von einer ausgedehnten Verwerthung derſelben nach der preußiſchen Auffaſſung des Schürfens (nur bis zum „Funde") kein großer Erfolg zu erwarten ſein, da ja mit dem Erreichen des Fundes das Schurfſtadium aufhört und ſich die Beſtimmung des §. 11 alſo in den meiſten Fällen nur auf die den Schurfarbeiten (nach §. 21) gleichgehaltenen „Verſuchsarbeiten des Muthens vor der Verleihung" — d. i. auf die Aufſchließungsbauten — beziehen laſſen wird.

Das öſterreichiſche Geſetz fordert in Conſequenz des Regalitäts-Principes einerſeits, und anderſeits im Zuſammenhange mit der weiter gehenden Auffaſſung des Schürfens, wornach nicht blos die Aufſuchung, ſondern auch die Aufſchließung der gefundenen Lagerſtätten in das Bereich des Schürfens fällt — auch die Bewilligung der Bergbehörde vom Schürfer, wenn er über die bei dieſen Aufſuchungs- und Aufſchließungsarbeiten gewonnenen Mineralien verfügen will (§. 20),

welche mit Rücksicht auf die Bemessung der Besteuerung des daraus resultirenden Ertrages in der Regel keinem Anstande unterliegt.

Ueber die im preußischen Berggesetze (§. 10) enthaltene Bestimmung über das Schürfen in fremden Bergbaufeldern werden wir später sprechen, wenn wir das Princip der Verleihung auf einzelne Mineralien im Gegensatze der österreichischen Gesammtverleihung auf alle vorbehaltenen Mineralien erörtern werden.

Zunächst verdient die Art, in welcher das neue preußische Berggesetz die „Muthung" nebst dem „Finderrechte" in die Erwerbungsstadien des Bergwerkseigenthums aufgenommen hat, unsere Beachtung. Hier tritt wieder eine vorwiegende Anlehnung an das alte deutsche Bergrecht (ähnlich wie beim Schürfen an das französische) auf. Die „Muthung" ist, dem neuen preußischen Berggesetze (§. 12) zufolge, „das Gesuch um Verleihung des Bergwerkseigenthums in einem gewissen Felde", und scheint daher mit dem österreichischen Verleihungsgesuche (§§. 40 und 49) ziemlich identisch zu sein, ja selbst die Giltigkeitsbedingung eine Muthung (§. 15), daß nämlich das in der Muthung bezeichnete Mineral an dem angegebenen Fundpunkte auf seiner natürlichen Ablagerung vor der Muthung entdeckt und durch amtliche Untersuchung nachgewiesen sein muß, stimmt mit den Bedingungen des österreichischen Verleihungsgesetzes (§§. 49 u. 50 des öst. B. G. vom Jahre 1854) in den meisten Hauptpunkten überein. Nur legt das preußische Berggesetz das Hauptgewicht auf den zuerst gemachten Fund, das österreichische auf den bis zur Erkennung der Bauwürdigkeit vollständigen Aufschluß der Lagerstätte, was einigermaßen dem Geiste der französischen Anschauung, der eine lebensfähige Unternehmung mehr als die bloße Priorität eines Fundes zu Grunde liegt, entsprechen würde, wenn nicht auch das österreichische Gesetz gewissen Prioritätsansprüchen gerechte (aber allerdings etwas complicirte) Rechnung getragen hätte. Worin beide — die österreichische und die preußische Gesetzreform — wirklich übereinstimmen, das ist: in dem Streben, der systematischen und zweckmäßigen Aufschließung eines Mineral-Vorkommens ungestörte Arbeit und einen gewissen Anspruch auf ein Grubenfeld zu sichern. Diese Forderung, welche aus der rationelleren und kostspieligeren Natur der heutigen Bergwerksunternehmung fast unabweisbar hervorgeht, gab bei der Reform der österreichischen Gesetzgebung zu vielen Fragen Anlaß, deren damals (1849—1854) wegen Mangels von Erfahrungen weit schwierigere Lösung in einem Compromiß verschiedener Vorschläge ihren Ausdruck fand, welcher in

der caſuiſtiſch-complicirten Faſſung der öſterreichiſchen Beſtimmungen über den „Freiſchurf“ und der Verleihung ſich abſpiegelt, und dieſen Theil des öſterreichiſchen Berggeſetzes zu dem die meiſten Controverſen veranlaſſenden gemacht hat. Leichter hatte es die faſt um eine halbe Generation ſpäter vollzogene Reform der preußiſchen Geſetzgebung, für welche die Theorie und Erfahrung in Betreff des der öſterreichiſchen Geſetzgebung eigenthümlichen „Freiſchurf“ eine wichtige Vorarbeit bot, bei deren Würdigung man ſich entſchloſſen zu haben ſcheint, einfachere Wege zu dem gleichen Ziele einzuſchlagen! Ob die allerdings ſehr vereinfachten Beſtimmungen des preußiſchen Berggeſetzes den Zweck, welchen man mit dem öſterreichiſchen Freiſchurf erreichen wollte, vollſtändig erfüllen werden, muß ebenfalls erſt die Erfahrung zeigen, allein ein Umſtand, der in der Praxis dem öſterreichiſchen Freiſchurf ſehr nachtheilig würde, würde in Preußen weit weniger zu beſorgen geweſen ſein, nämlich die falſche Auffaſſung desſelben; denn im Ganzen ſind gründliche rechtswiſſenſchaftliche Anſchauungen und ſcharfſinnige Pflege des Bergrechts ſeit einer Reihe von Jahren in Preußen weit mehr im Bergbaue anzutreffen, als bei uns, wo die Juriſten nur ausnahmsweiſe vom „Bergrecht“ etwas zu wiſſen begehren, und die Bergtechniker, Praktiker u. ſ. w. ſich mit der „nothwendigſten“ Kenntniß des Geſetzestextes begnügen, ohne ſich bei der Anwendung über die gewöhnliche caſuiſtiſche Interpretation zu klarer rechts- und ſtaatswiſſenſchaftlicher Auffaſſung zu erheben. Dazu kamen manche wirkliche oder ſcheinbare Widerſprüche zwiſchen dem „Geſetze“ und der nicht mit Geſetzeskraft verſehenen „Vollzugsvorſchrift zum öſterr. Berggeſetze v. 1854“, um die Freiſchurfpraxis bei uns zu verwickeln, ſtatt ſie zu größerer Einfachheit und Reinheit zu entwickeln! Daß all' dieſes nicht eben einladend war, auf dieſem zuerſt von Oeſterreich betretenen Wege bei der preußiſchen Reform die Löſung der vorerwähnten Anforderungen der Neuzeit zu ſuchen, begreifen wir vollkommen, und erkennen auch, daß, wo, wie in Preußen, nicht mehr gar ſo viel unaufgeſchloſſene Bergreviere mehr vorhanden, das Bedürfniß nach ſolchem Schutze neuer Aufſuchungsarbeiten minder nöthig ſein mag; dennoch aber wird, unſerer Anſicht nach, gerade auf dieſem Punkte die nächſte Zeit noch einige Erfahrungen bringen müſſen, in wie weit die im §. 19 des preußiſchen Geſetzes eingeführte „Ausſchließlichkeit des erſt begehrten Feldes gegen Dritte, — welche gewiſſermaßen den Freiſchurf erſetzt, mit dem Verleihungsanſpruch nach §. 22 u. ff. zuſammen zum Schutze großer Unternehmungen ausreicht, ohne durch Verlängerung des Zwiſchenrau-

mes zwischen Muthung und Verleihung ein so wesentliches Zwischenstadium einzuschieben, daß dieses doch mit dem österreichischen Freischurf in vielen wesentlichen Punkten (freilich ohne die Formalitäten desselben) zusammenfiele!

Schon aus diesen unseren Bedenken geht aber hervor, daß sich beide Gesetzgebungen in Tendenz und Geist dieser Erwerbungsnormen für Bergwerkseigenthum, trotz auffallendster Verschiedenheit der Gesetzestexte, sehr nahe stehen, und daß eine mehr in Einzelnes gehende Erörterung der preußischen Bestimmungen und eine Vereinfachung des österr. Freischurfrechts bei einer späteren Revision irgendwo zusammen treffen müssen. Jedenfalls ein gutes Omen für ein einstiges gemeinsames Bergrecht, das wir, so wie das Handels- und Wechselrecht, über kurz oder lang auch einmal erhalten müssen.

Um die Vergleichung dieser wichtigen Partie des Bergrechts beider deutschen Großmächte durchzuführen, müssen wir die Muthung und Verleihung nach preußischem (neuen) Bergrechte, und den Freischurf nebst der Verleihung nach dem österreichischen Berggesetze in ihren wesentlichen Eigenthümlichkeiten darstellen [1]).

In Preußen muß „das Gesuch um Verleihung des Bergwerkseigenthums in einem gewissen Felde" — die Muthung — beim Oberbergamte angebracht werden (§. 12). Jede Muthung muß enthalten: Namen und Wohnort des Muthers, Bezeichnung des Minerals, auf welches die Verleihung verlangt wird, Bezeichnung des Fundpunktes und der dem Bergwerke beizulegende Name (§. 14). Die Giltigkeit einer Muthung ist dadurch bedingt, daß das in derselben bezeichnete Mineral an dem angegebenen Fundpunkte auf seiner natürlichen Ablagerung vor Einlegung der Muthung entdeckt worden ist und bei der amtlichen Untersuchung nachgewiesen worden ist, so wie daß nicht bessere Rechte Dritter auf den Fund entgegenstehen" (§. 15). Endlich hat „der Muther die Lage und Größe des begehrten Feldes anzugeben und einen Situationsriß in zwei Exemplaren einzureichen, auf welchem der Fundpunkt, die Feldesgrenzen, die zur Orientirung erforderlichen Tagesgegenstände und der Meridian angegeben sein müssen"

[1]) Der Kürze halber lassen wir unwesentliche und formale Nebenbestimmungen hier weg und heben nur die Hauptsache hervor; denn ob die Muthung mündlich oder schriftlich geschehen kann, von wem der Situationsriß gemacht werden soll, wie die Mängel einer Muthung behoben und ergänzt werden können u. dergl. sind derlei bei der principiellen Vergleichung nicht relevante Nebensachen.

(§. 17). Bleiben wir einstweilen bei diesen Bestimmungen stehen und betrachten wir die analogen Vorschriften des österreichischen Berggesetzes, so finden wir in demselben, nur viel weitläufiger formulirt, dieselben wesentlichen Erfordernisse. Nach §. 49 des österreichischen Berggesetzes muß das Verleihungsgesuch enthalten: Namen und Wohnort des Bewerbers (oder seines Bevollmächtigten), Beschreibung der Lage und Beschaffenheit des Aufschlußes (Fundes), Angabe der Entfernung des Aufschlagpunktes (d. h. jenes Punktes, von welchem aus das Feld vermessen werden soll) von zwei unverrückbaren allgemein erkennbaren Punkten, Angabe der Anzahl und Lagerung der verlangten Grubenmaße und den Namen, welchen die Verleihung erhalten soll! — §. 50 schreibt die Einreichung einer „die Lage des Aufschlußes und auch die Taggegend darstellenden Karte (= Situationsabriß des preußischen Gesetzes) in doppelter Ausfertigung und bestimmtem Maßstabe in doppelter Ausfertigung (Copien), deren eine die Anzahl und Lagerung der Grubenmaße (des Grubenfeldes) eingezeichnet enthalten soll! Der §. 54 schreibt endlich vor, daß jeder Verleihung die örtliche Erhebung über deren Zulässigkeit (= der amtlichen Untersuchung des preußischen Gesetzes) vorangehen müsse, um den Bestand des angegebenen Mineral-Aufschlusses und dessen Abbauwürdigkeit zu constatiren, um zu untersuchen, ob und mit welchen Abänderungen das begehrte Feld, ohne früher erworbene Rechte zu verletzen, dem Bewerber eingeräumt werden u. s. w.

Wer könnte, trotz verschiedener Stylisirung, die principielle Uebereinstimmung der §§. 12, 14, 17 des preußischen Berggesetzes mit den §§. 49, 50 und 54 des österreichischen verkennen? Nur daß das erste das Verleihungsgesuch mit dem alten Namen „Muthung" benennt, welcher Name von dem österreichischen Bergrechte fallen gelassen wurde, und daß nach österreichischem Rechte nicht blos das Vorhandensein des Fundes, sondern auch dessen „Bauwürdigkeit" untersucht wird, von der im preußischen Gesetze an dieser Stelle nicht die Rede ist. — Der Mangel des Wortes — „Muthung" — begründet daher in Betreff des Verleihungsgesuches und seiner gesetzlichen Erfordernisse keinen wesentlichen Unterschied zwischen den beiden verglichenen Gesetzgebungen. Wohl aber besteht ein solcher bei dem Verleihungsacte und den demselben vorangehenden Erhebungen, so wie in jenen Fällen, in denen der österreichische Unternehmer nicht ohne vorangehende Schürfung auf einen offenen Fund hin, sondern auf Grundlage intensiverer Schurfarbeiten die Verleihung ansucht.

Der preußische Schürfer, der keine Schurflicenz nöthig hat, und entweder auf eigenem Grunde oder mit Bewilligung des Grundbesitzers schürft, dürfte, so weit wir aus dem Gesetzestexte zu urtheilen vermögen, in seiner Schurfarbeit nicht viel von freier Concurrenz zu besorgen haben. Wenigstens läßt der §. 5 des preußischen Gesetzes uns im Unklaren, ob dem „Muß" des Grundbesitzers, „das Schürfen auf seinem Grunde zu gestatten, genügt ist, wenn er es Einem Unternehmer gestattet, oder ob er einer wie immer großen Zahl von Schürfern außer dem Einen, der zuerst sich angefragt — das Gleiche gestatten muß. Wahrscheinlich wird hierüber erst die Erfahrung eine genauere Bestimmung hervorrufen; wir glauben, daß vorläufig der erste Unternehmer und der Grundbesitzer in beiderseitigem Interesse sich bemühen werden, der Schurfconcurrenz keinen zu großen Spielraum zu öffnen.

Das preußische Gesetz scheint, wie schon oben bemerkt worden ist, dem eingebrachten Verleihungsgesuche (der Muthung) den Act der Gewährung nicht allzuraſch nachfolgen lassen zu wollen. Wir schließen dieß aus folgenden Bestimmungen: Erstens aus §§. 19, 20 und 21 des preußischen Berggesetzes, worin gesagt ist: Gegen Muthungen Dritter ist das gesetzlich begehrte, auf dem Situationsrisse angegebene Feld einer Muthung für die Dauer ihrer Giltigkeit geschlossen (d. h. gesperrt), welches Feld von der Bergbehörde auf einer eigenen Muthungsübersichtskarte aufgetragen wird. Diese Anfertigung einer eigenen Uebersichtskarte der eingebrachten Muthungen, so wie die Bestimmung (§. 28) eines auf Antrag des Muthers verlegbaren Termines zur Erstattung einer Schlußerklärung über Größe und Grenzen des Feldes und collidirte Einsprüche — läßt schon auf eine längere Dauer des Muthungsstadiums, d. h. des Zeitraumes zwischen Verleihungsgesuch und Vollziehung der Verleihung schließen. Dahin zielt auch zweitens die Gestattung der Verfügung über die gewonnenen Mineralien, auf die sich im §. 21 nach Analogie der §§. 3 u. 11 Vom Schürfen bezogen wird.

Also auch das preußische Gesetz läßt dem Bergbauunternehmer Zeit zur Verfolgung seines Fundes und zu jenen Aufschließungs- und Ausrichtungsarbeiten, ohne welche ja eine vernünftige Schlußerklärung über Größe und Begrenzung des Feldes (nach §. 28) ohne offenbare Uebereilung und Gefahr des Verleihungswerbers von diesem gar nicht abgegeben werden könnte! Nur wird stets ein „Fund", also entweder ein „zufälliger" Fund, oder schon ein Resultat von Schurfarbeiten vorausgesetzt. Diese Schurfarbeiten aber, mittelst welchen der Fund gemacht wird, und die, wenn z. B. tiefliegende Flötze erbohrt werden

müssen, Zeit und Aufwand erfordern können, finden wir im preußischen Gesetze gar nicht, oder nur durch jene Auslegung der §§. 5 und 8 geschützt, nach welcher man den Zwang des Grundbesitzers zur Gestattung des Schürfens nicht weiter ausdehnt, als daß er mindestens Einen Schürfer zulassen müsse, der allenfalls berechtigt sein würde, sich vor weiterer Concurrenz durch Vereinbarung mit dem Grundbesitzer zu wahren! Wir wissen nicht, ob eine solche Beschränkung der Schurffreiheit in der Absicht des preußischen Gesetzes liegt; glauben aber, daß, wenn dieß nicht der Fall ist, kostspielige Schurfunternehmungen auf Tief-Flötze etwas gewagt sein könnten, und das Capital so wie die Speculation es bedenklich finden würden, Bohrungen zu unternehmen, wie sie Preußen z. B. bei Staßfurt so glänzend durchgeführt hat, und wie sie unter den schwierigsten Verhältnissen in Forbach, in Lothringen, zum Theile nach Kind's Methode, seit Jahren versucht werden! — Das Bedürfniß oder die Praxis werden diesen Punkt wohl in nicht zu ferner Zeit klar machen, oder wenn eine Lücke wirklich vorhanden ist, dieselbe auf gesetzlichem Wege ergänzen.

Im Vergleich mit dieser zu Gunsten des „Fundes" zurückgesetzten Förderung des „Schurfunternehmens" scheint uns denn doch der österreichische Freischurf keine so ganz unberechtigte Neuerung, wie es vielen Bergjuristen, vielleicht selbst den trefflichen Urhebern des preußischen Berggesetzes erscheinen mochte, denen es, wenn sie dem Wesen desselben unseren Gesichtspunkt hätten abgewinnen können, nicht schwer gefallen wäre, der Idee ein präciseres und vielleicht einfacheres Gewand zu geben, als sie im österreichischen Gesetze gefunden hat. Wir halten es darum nicht für überflüßig, diese Idee hier noch einmal [1]) zu erörtern und dabei zu zeigen, wie sich selbst die preußische Legislation, trotz der ablehnenden Haltung der Motive, doch hie und da genöthigt gesehen hat, derselben sich zu nähern.

Uebereinstimmend mit der Natur des Landes und der Bevölkerung — Reichthum an Naturschätzen und Unzulänglichkeit des Capitals und des Unternehmungsgeistes — hat die österreichische Gesetzgebung bei der Reform des Bergrechts ein Hauptaugenmerk auf die Sicherung und Beförderung von intensiven Aufschluß- und Schurfarbeiten gerichtet, und diesem Theile der Erwerbung des Bergwerkseigenthums eine

[1]) Wir sagen „noch einmal", weil wir in unseren Beiträgen zur „Reform des deutschen Bergrechts" in Brassert's und Achenbach's Zeitschrift für Bergrecht, II. Bd., 3. Heft, uns schon einmal ausführlicher darüber ausgesprochen haben.

weitgehende Sorgfalt geschenkt. Die Erfahrungen, welche man beim Beginne eines noch jungen Flötzbergbaues unter der Herrschaft veralteter, nur für den Gangbergbau berechneter Gesetze seit etwa zwanzig Jahren gemacht hatte, war die Veranlassung, die ältere Schurf-, Muthungs- und Finder-Theorie, welche auf Erzgänge und Ausbisse immerhin noch ziemlich passen mochte, vom Standpunkte des modernen Industrial-Bergbaues zu reformiren. Und da zeigte sich vorerst die Schwierigkeit, Tiefbohrungen, die, lange ehe sie ein Fundresultat nachweisen können, schon die Dimension großartiger Unternehmungen erreichen können, mit der oberflächlichen Schürfung nach Fundstufen, Ausbissen u. dergl. gleichzustellen. Aber auch der Gangbergbau ist seit der Erweiterung geologischer Gangstudien nicht mehr so einfach in seinen Anfängen, als er es einst war, und wenn Sir Roderik Murchison die Goldfunde in Australien aus der Aehnlichkeit der ihm nur durch Beschreibungen und Gesteinsstücke bekannten geologischen Beschaffenheit mit einer andern goldsuchenden Region eines andern Welttheils vorauszusagen im Stande war, ehe sie noch gemacht waren (ähnlich dem Astronomen Le-Verrier, der den Planeten Neptun zuerst durch Rechnung fand, und dann erst mit dem bewaffneten Auge dort entdeckte, wo er ihn zu suchen verstand), so konnte eine scharfe Unterscheidung zwischen Flötz- und Gangbergbau-Interesse nicht festgehalten werden, wie es noch 1842 versucht worden war, als man die Reform des Bergrechts lediglich auf den Steinkohlenbergbau zu beschränken die Absicht hatte.

Das Bedürfniß schuf in diesem Gebiete auch in Oesterreich eine Art „Novellengesetzgebung" als Vorläufer des allgemeinen Berggesetzes, aus welcher die Bestimmungen über eine bedingte Priorität von Bohrmuthungen zuerst dem Bedürfnisse nach Schutz intensiverer Bohrarbeiten Rechnung trugen, und gleichzeitig die privilegirten „ausschließenden" Schurffelder der Staatsschürfungen auf Steinkohle, obwohl Wunden der allgemeinen Bergbaufreiheit schlagend, dennoch als die Bahnbrecher einer erweiterten rationellern Auffassung angesehen werden könne, die sich von der älteren empirischen Fundschürferei zum Begriffe des industriellen Unternehmens, d. h. der systematischen, auf wissenschaftlicher Basis verbreiteten Aufschließung größerer und tiefer verborgener Lagerstätten erhob. Diese Auffassung ist es, welche nach manchem Umhertasten endlich auf den Gedanken einer bedingten Schließung eines Suchfeldes gegen Dritte führte, nachdem man sich von der Bedenklichkeit einer unbedingten Ausschließlichkeit

des Schurffeldes überzeugt hatte; und aus den zahllosen Mißbräuchen einer factischen Schließung des Muthungsfeldes, die sich aus der Praxis und der Interpretation des Grubenmaßpatentes von 1819 entwickelt hatte, erkannt hatte, daß ungenügender Schutz der Schurfarbeit das Streben nach blinden Muthungen oder nach Verschleppung der Fundesausrichtung fast nothwendig erzeugen müsse. — Die Schwierigkeit blieb nur immer die, einen Schutz der Schurfarbeit ohne Aufmunterung zur Feldsperre zu schaffen, und diese Schwierigkeit ist auch heute noch nicht ganz überwunden, was eben eines der Motive war, welche gegen das System des österreichischen Freischurfs angeführt wurden und zum Theile wirklich geltend gemacht werden können, aber bei der Schließung des Muthungsfeldes auch nicht ganz vermieden sein dürfte. Das österreichische Gesetz hat daher in seinem §. 13 den Begriff des Schürfens weiter gefaßt, als dieß nach dem neuen preußischen Gesetze geschieht, und definirt ihn mit den Worten: „Schürfen heißt, vorbehaltene Mineralien in ihren Lagerstätten aufsuchen und die gefundenen so weit aufschließen, daß die Verleihung auf dieselben erfolgen kann." Daß mit diesem Zusatze keine ganz unerhörte Neuerung versucht worden sei, kann man sich durch Vergleichung mit der Ferdinandeischen Bergordnung von 1553, Art. XII., mit der Maximilianischen von 1573, §. 5, Art. II., und der Joachimsthaler von 1548 beendete Theil, I. Artikel, überzeugen, welche übereinstimmend das Entblößen und Ausrichten eines neuen Ganges als jenen Act ansehen, der das Recht des ersten Finders begründe. Dieß ist wohl auch in der Natur der Sache begründet; denn wenn der Rechtsanspruch auf Verleihung an einen Fund, ohne erst dessen Ausrichtung abzuwarten, geknüpft werden wollte, so wäre die unmittelbare Geltendmachung dieses Anspruches in so ferne sehr schwer, als sich ohne Ausrichtung, also ohne Orientirung, über die räumliche Erstreckung und Häufigkeit der Lagerstätte (zumal eines Ganges) ein begrenztes Feldesbegehren nicht stellen läßt. Den „hiatus", der deshalb nothwendiger Weise zwischen dem Stadium des Schürfens (oder Findens) und dem der definitiven Verleihung fallen muß, konnte man practisch nie und nirgends zulassen. Man hat daher bei uns, als der Geist jener alten, nun erneuerten, Bestimmung der Bergordnungen verloren gegangen war, und man sich mit einer nackten eiligst hergestellten Fundanmeldung in Praxi zu begnügen für gut fand, einen Aufschub der mit der Fundesanmeldung in der Muthung gleichzeitig begehrten Verleihung zur Regel gemacht und dem Muther eine „Maßenlagerungsfrist" von drei Mona-

ten, die oft auf ein Vielfaches verlängert wurde, gegeben, um „auszurichten", und dann ein erneuertes mit dem präciseren Feldesbegehren ergänztes Ansuchen um Vornahme der Verleihung zu stellen, zwischen dessen Gewährung und der wirklichen Vornahme wieder ein Zeitraum von mindestens 6 Wochen verfließen mußte. Während dieser ganzen Zeitdauer, welche selbst durch Jahre hinausgeschleppt worden ist, obwohl man die Beschränkung auf höchstens drei Verlängerungen der Frist wiederholt im Verordnungswege einschärfte, hatte der Muther factisch wirklich eine Art Ausschließungsrecht, denn da ihm das unbedingte Vorrecht zur Lagerung seines künftigen Feldes nach jeder Richtung hin und gegen jeden jüngeren Finder bis zur Verleihungsverhandlung gewahrt blieb, er daher mit der Länge seines künftigen Grubenfeldes (224 Klafter nach dem Grubenfeldmaß-Patente von 1819) jeden Nachbar (Schürfer) überlagern konnte, so war jeder spätere Schürfer zu seiner eigenen Sicherstellung beinahe genöthigt, sich auf 224 Klafter von dem aus dem Schurfeinbaue des alten Muthers erkenntlichen Drehungspunkte dieses nach allen Seiten verschiebbaren Anspruchsfeldes entfernt zu halten, wenn er nicht in Muthungsstritte gerathen wollte! — Wenn die Motive des preußischen Gesetzes nicht ganz mit Unrecht hervorheben, daß die Ueberwachung der mit dem neuerfundenen Freischurf als Bedingung aufgestellte Bauhafthaltungspflicht durch wirkliche Arbeitsleistung Schwierigkeiten habe, so gilt dieß in gleichem Maße von der Ueberwachung der Wahrheit der Fundanmeldungen, welche eigentlich zur Nothwendigkeit hätte werden sollen, sobald die Verleihungsverhandlung, welche den Fund constatiren mußte, unabsehbar weit hinausgeschoben wurde. Und in der That hatte sich auch in einigen ungarischen Bergdistricten die amtliche Gepflogenheit erhalten, gleich nach der Einbringung der Muthung den Fund zu besichtigen, was durch einen Commissär der Bergbehörde geschah, aber eben nur dort ausführbar ist, wo die Bergbaue ziemlich nahe um den Sitz des Amtes liegen. In den westlichen Landestheilen geschah in der Regel die Fundesconstatirung erst bei der sogenannten „Freifahrung", d. h. bei der commissionellen Verleihungsverhandlung, welche der Verleihung unmittelbar voranging. Feldsperrungen durch blinde Muthungen und durch unthätige Verlängerung des Maßenlagerungstermines waren daher nichts Seltenes und konnten mit dem Emporkommen des Kohlenbergbaues um so lockender für die „laxere Moral" mancher Schürfer werden, als geologische und geometrische Schlüsse bei regelmäßiger Flötzlage in schon etwas bekannteren Revieren eine dem künftigen Aufschluß sehr nahe kommende

anticipirende Anmeldung desſelben ermöglichten und in der gänzlichen Schutzloſigkeit einer noch ſo entwickelten und koſtſpieligen Schurfunternehmung vor der Anmeldung eines Fundes ein überwältigender Reiz liegen mußte, eine ſolche Anticipation zu wagen, wenn man der Anfahrung des Flötzes in einer berechneten Tiefe ziemlich ſicher zu ſein glaubte. — Wir wären in der Lage, zahlreiche Beiſpiele ſolcher Muthungskniffe anzuführen, und glauben, daß dieſer Uebelſtand eben nur aus der Praxis der unmittelbar dem neuen Geſetze vorangegangenen Periode unſeres Bergbau-Aufſchwunges unter der faſt wirkungsloſen Geltung gänzlich veralteter Geſetze ſich gebildet hat, und die Erſcheinungen desſelben zumeiſt den Fingerzeig zu jener Abhilfe gegeben haben, welche in der Inſtitution des „Freiſchurfs" geſucht worden iſt.

Aus ſolchen Betrachtungen ergab ſich zunächſt bei der Abfaſſung des erſten Entwurfes im Jahre 1849 die darin vorgeſchlagene Beſtimmung: „Von jedem auf Grundlage einer Schurfbewilligung betriebenen Schurfſtollen, Schurfſchachte oder Bohrloche haben neue Schurfbaue auf mindeſtens 224 Klafter entfernt zu bleiben." Es ſollte damit nicht mehr und nicht weniger ausgedrückt werden, als daß Nachbarſchürfer die gegenſeitig auf einen beſtimmten Punkt bezogenen, gewiſſermaßen „localiſirten" Anfänge ihrer Unternehmung auf Grubenmaß-Entfernung zu reſpectiren haben ſollten, ohne damit der Priorität des Verleihungsbegehrens auf Grundlage eines gemachten und hinreichend ausgerichteten Fundes vorzugreifen. Das Verleihungsgeſuch (§. 31 des 1849er Entwurfes) trat einfach an die Stelle der Muthung, und ſollte beinahe ganz den Character tragen, wie er in dem dermaligen preußiſchen Geſetze enthalten iſt. Vorzugsrecht gab die frühere Einbringung desſelben, doch ſollte bei der Verleihung ſelbſt das Grubenfeld ſo gewählt werden, daß Nachbarſchürfern ein Minimalfeld frei gelaſſen werde, während der erſte Verleihswerber (Muther) ein Maximalfeld bis zu 10 Grubenmaßen beanſpruchen konnte. Doch ſollte die Verleihung nur auf einen genügend aufgeſchloſſenen (bauwürdigen) Fund ſtattfinden.

Dieſe weſentlichen und an ſich ſehr einfachen Grundbeſtimmungen des 1849er Entwurfes riefen nach der Publication dieſes Entwurfes eine große Zahl von Zweifeln und caſuiſtiſchen Bedenken über das Princip ſelbſt und über die Art ſeiner Durchführung hervor, aus deren vielleicht zu weit gehender Berückſichtigung ſich erſt das eigentliche Geſetz mit den mehr minder nebenſächlichen Ausführungsbeſtimmungen des Hauptſtückes vom Freiſchurf entwickelte, wie es end-

lich im vollendeten allg. Berggesetze zum Ausdrucke kam. Streift man aber von diesem Apparat, mit welchem umgeben der „Freischurf" im österreichischen Gesetze auftritt, alles mehr der Executive Angehörende ab, so bleibt im Wesen doch nur das Princip zurück, welches schon den einfacheren Bestimmungen des Entwurfes zu Grunde lag, nämlich: Erweiterung des Schurfbegriffes bis zur wirklichen Aufschließung einer Lagerstätte, und Schutz der rationellen und mit Arbeitsaufwand begonnenen Schurfunternehmung vor der Gefahr, durch die Concurrenz eines glücklichen Finders um jegliche Frucht der Arbeit zu kommen. Die Priorität des Aufschlusses (welcher das Complement des Fundes ist) wurde durch den Anspruch auf ein Maximalfeld gewahrt und die Aufforderung an den in seinem Aufschlusse zurückgebliebenen Schürfer zur Wahl seines Minimalfeldes über Aufforderung des ersten Verleihungwerbers der Werth jenes Vorrechts des Ersten eher erhöht als vermindert! Das Streben, an die Stelle eines Conflictes die billige Ausgleichung der Mitwerber zu setzen, entspricht dem sprichwörtlichen Grundsatze: „Leben und Leben lassen", welcher aus der gemüthlichen Form des Sprichwortes sich in den nationalökonomischen Reformen der Neuzeit Carey und Bastiat zu der „Harmonie der Interessen" entwickelt hat.

Vielleicht liegt eine der Ursachen des Nichtdurchgreifens der Idee des Freischurfs, neben der complicirten Art seiner Einzelbestimmung, auch darin, daß das österreichische Gesetz mit diesem Grundsatze in eine volkswirthschaftlich-sociale Region vorgegriffen hat, welche vor zehn Jahren noch sehr wenig bekannt war, und heute noch kein unbestrittenes Gebiet der Volkswirthschaftswissenschaft ist! Wir glauben aber, daß gerade in der Sphäre des Bergrechtes, in welcher aus vorwiegend volkswirthschaftlichen Rücksichten ein ausnahmsweises Eingreifen der Staatsgewalt bei der Erwerbung von Bergwerks-Eigenthum bis nun für ersprießlich erachtet wird, ein Experiment nach social-öconomischer Richtung am ersten noch gestattet werden dürfte.

Wir vertheidigen hier keineswegs den vollen Inhalt der §§. 22 bis 35 des österreichischen Gesetzes, welche vom Freischurf handeln, unbedingt, wie er in demselben ausgedrückt ist, wohl aber die Idee selbst, von der wir auch im preußischen Gesetze Spuren finden, deren weitere Entwicklung wir ebenso wie eine im gleichen Sinne geleitete Reform unseres Gesetzes für einen der wichtigsten Fortschritte des Bergrechtes halten würden, der nach der bisher durchgeführten

Erneuerung des alten deutschen Bergrechts sich noch weiterhin wird bewerkstelligen lassen. Die Arbeit allein ist es, welche aus den im Erdenschooße ruhenden Minerallagerstätten Güter schaffen kann; Förderung wirklicher Arbeit und Hebung des Unternehmungsgeistes für diesen Theil der Production, was denn doch der letzte Zweck einer jeden Berggesetzgebung sein muß, wird aber dadurch um so sicherer erreicht je mehr man die Harmonie der Interessen an die Stelle des jetzt im Bergbau und der Industrie so häufig verwaltenden Interessenkampfes zu setzen sich bemühen wird.

Diese Tendenz blitzt schon aus vielen Partien des österreichischen Berggesetzes, wenn auch mehr vereinzelt, heraus, und zieht sich auch durch das preußische Berggesetz; nur in der beschränkteren Auffassuug des Schurfbegriffs und des Fundes, sowie in der etwas zu getreuen Festhaltung des alten Finderrechtes aus einer Zeit, welche der „Industrial-Bergbau" unserer Tage nicht kannte, vermissen wir diesen weiteren Blick, und möchten daher eben diese Partie auch im preußischen Bergrechte als die zunächst weiter zu entwickelnde ansehen, wie wir es in Betreff des österreichischen Rechtes thun. Nur würden wir in einer Verbindung des Geistes, der dem österreichischen Freischurf-Institute innewohnt, mit der Präcision und Einfachheit der Form, die das preußische Gesetz auszeichnet, das künftige Ideal dieser Reform erblicken.

In innigem Zusammenhange mit den Bestimmungen über Schürfen und Muthen steht die Verleihung, mit welcher eben die unmittelbare Erwerbung des Bergwerkseigenthums abschließt, für welche das Schürfen die Vorbreitungsarbeiten, das Muthen aber schon das Versicherungsbegehren selbst enthält. Obwohl das österreichische Gesetz das Wort „Muthen" ganz beseitigt hat, besteht doch auch in Oesterreich die Sache, nämlich das Verleihungsbegehren, so daß eine Vergleichung mit dem preußischen Gesetze auch bezüglich des Capitels: Von der Verleihung regelrecht durchzuführen ist.

Vom Verleihungsbegehren (der Muthung) ist, was im Allgemeinen dessen Form und wesentlichen Inhalt betrifft, schon oben gehandelt worden; doch muß auf Einzelnes hier zurückgekommen werden, um einen principiellen Unterschied der beiden zu vergleichenden Gesetzgebungen hervorzuheben, der für die Auffassung des Begriffes „Feld" oder „Grubenfeld" von Wesenheit ist. Beide — die österreichische und die preußische Gesetzgebung — fordern gleichmäßig, daß der Verleihungswerber (Muther) „die Lage und Größe des begehrten Feldes" (§. 17 des preußischen Berggesetzes) oder, was dasselbe ist, „die Anzahl und Lagerung der

verlangten Grubenmaßen (§. 49 e. des österreichischen Berggesetzes) angebe und eine Situations- oder Lagerungskarte in doppelter Ausfertigung mit seinem Verleihungsgesuche, oder in angemessener Zeit *nach* demselben einen bestimmten Maßstab einbringe, welchen das österreichische Gesetz mit 40 Wiener-Klafter = 1 Wiener-Zoll (dem Maßstabe der österreichischen Catastral-Mazzen) vorschreibt, das preußische aber von der Festsetzung der Oberbergämter abhängig macht.

Beide Gesetzgebungen machen ferner die wirkliche Verleihung von einer in der Regel an Ort und Stelle des Unternehmens abzuhaltenden Verhandlung (*Termin* nach preußischer — „*Freifahrung*" nach österreichischer Gesetzesterminologie) abhängig, bei welcher die definitive Feldesbegrenzung und etwa dagegen auftretende Einsprüche oder collidirende Ansprüche Dritter erörtert und ausgeglichen oder zur Entscheidung vorbereitet werden sollen (§§. 28 und 29 u. ff. des preuß. — §§. 54 und 63 des österreichischen Berggesetzes). Ungeachtet der in Form und Geschäftbehandlung hervortretenden Verschiedenheiten, stimmen doch in der *Sache* beide Gesetzgebungen überein.

Ein wesentlicher Umstand aber, der die Bestimmungen des preuß. Berggesetzes vortheilhaft von unserer älteren Muthungspraxis unterscheidet, ist, daß nach §. 18 preußischen Berggesetzes die Muthung als von Anfang an ungiltig angesehen werden soll, *wenn die Angabe der Lage und Größe des Feldes, so wie die Einreichung eines Situationsrisses nicht binnen 6 Wochen nach Präsentation der Muthung erfolgt.*

Damit ist nun allerdings die Absicht, einer Verschleppung der Verleihung, wie sie im früheren österreichischen Muthungswesen üblich geworden war, auf das strengste entgegenzutreten, scharf genug ausgesprochen, und der Wille, den Mißbrauch einer Feldessperre nicht aufkommen zu lassen, klar dargethan, und dadurch wird der Satz des §. 19: „Gegen Muthungen Dritter ist das gesetzlich begehrte Feld einer Muthung für die Dauer ihrer Giltigkeit geschlossen" — der jeder Muthung *ein ausschließliches* Feld zuweist — allerdings unbedenklich, weil diese *Ausschließlichkeit* nicht viel länger als 6 Wochen dauern soll, also eine eigentliche Feldsperre dadurch nicht begünstigt wird. Vom *theoretisch-legislativen* Standpunkte ist also diese Bestimmung ganz vortrefflich; ob sie aber auch *practisch* in der ganzen Strenge durchführbar sein wird, oder ob nicht die „Natur der Sache" früher oder später zu Umgehungen und Mißbräuchen führen dürfte — muß sich in den nächsten Jahren zeigen. Wir können uns — als *practischer*

Bergmann — dieser Besorgniß nicht ganz entschlagen, welche dem „Juristen" als solchen ferner stehen mochte. Denn eben weil das preußische Berggesetz den Begriff des Schürfens nicht so weit ausdehnt, wie das österreichische — nämlich bis zum „Aufschluß einer bauwürdig erkannten Lagerstätte" —, sondern sich gleich mit dem ersten Funde als Basis der Muthung begnügt, gerade darum hat der 6wöchentliche, mit der Sanction der Ungiltigkeit vor Ueberschreitung verwahrte Termin practische Bedenken.

Es gibt nämlich Fälle, in welchen es dem intelligentesten und kräftigsten Bewerber nicht möglich ist, innerhalb sechs Wochen oder 42 Tagen einen „Fund" derart auszurichten, daß eine der Natur der Lagerstätte genau anzupassende Lagerung für die definitive Verleihung sich mit Beruhigung angeben läßt. Wenn z. B. der an einem Flötzabschub oder einer Verschiebung zufällig entdeckte Ausbiß, der den „Fund" bildet, erst durch Bohrungen oder einen Zubaustollen oder dergleichen in seinem natürlichen Zusammenhange mit der Lagerstätte erkannt werden kann, wenn Wasserzudrang die Aufschlußarbeiten hemmt und Maschinenkräfte fordert, die in sechs Wochen nicht immer herbeigeschafft, geschweige denn zur vollen Wirksamkeit gelangen können, wie dann? Ist dann nicht entweder die ganze Finder-Priorität rein illusorisch, die Schließung des Muthungsfeldes werthlos und die Aufmunterung zu intensivern Schürfunternehmungen unzureichend? Oder wird nicht die „Macht der Verhältnisse" dahin streben, die Strenge des §. 18 (preuß. B. G.) durch Fristerstreckungen, Ausnahms-Bewilligungen u. s. w. zu schwächen oder durch eine Anhäufung von Muthungen, die sich etwa 1—14 Tage hintereinander folgen und nahezu das gleiche Feld umfassen, aber eben dadurch indirect den Termin verlängern — eine gefährliche Umgehungs-Praxis hervorrufen und eine das Maß der Nothwendigkeit stark überschreitende Feldsperre erzeugen?! All' diese Uebelstände hat die altbergordnungsmäßige Muthung überall dort hervorgerufen, wo man den „Fund" an sich, und nicht eine ausgerichtete Lagerstätte zur Grundlage des Verleihungsanspruches annahm, was schon die wiederholten Einschärfungen älterer Berggesetze — daß die Lagerungstermine nicht über dreimal [1]) verlängert werden sollen — be-

[1]) Z. B. baier. B. O. für Hzgth. Baiern, Oberpfalz und Leuchtenberg vom 6. Mai 1784, Art. V. — Markgräfl. Brandenburg'sche B. O. von 1619, Art. X. 2. — Markgräfl. Baden'sche Verordnung, die Muthung und Verleihung von Bergwerken betreffend, vom 20. Juni 1789, Art. III. — Pfalz-Zweibrücken'sche B. O. v. 5. Jänner 1565, Art. XIX. — Rev. Magdebg.

weisen, und wozu heutzutage, da Bohrarbeiten und Maschinen beim Bergbaue schon in seinen Anfängen auftreten, die man ehemals gar nicht kannte, die Veranlassung weit öfter sich ergibt, als es zu jener Zeit der Fall war, welcher man den schönen aber nicht mehr ganz zeitgemäßen Grundsatz des „Rechtes des ersten Finders" entlehnte. Modificirt man diesen und nimmt man dafür die Definition an, welche das österreichische Berggesetz vom Schürfen im §. 13 (österr. B. G.) gibt, dann hat der §. 18 des preußischen Berggesetzes volle Berechtigung, dann aber können die Verleihungsansprüche des Muthers in einer Art geregelt werden, welche im Wesen unserer Freischurf-Theorie liegen, ohne daß man die Institution des Freischurfs in ihrer Form zu erhalten brauchte! Hier ist wieder einer der Punkte, wo sich österreichische und preußische Gesetzgebung bei einer künftigen Reform begegnen werden und eine Vereinbarung denkbar ist, welche beiden Gesetzgebungen und in der Anwendung dem Bergbau selbst zu Gute kommen dürfte. Wäre man bei den Vorarbeiten des österreichischen Berggesetzes schon in der Lage gewesen, die Distinction zwischen Muthung als Fundesanmeldung und als Verleihungsbegehren in ihrer Wesenheit aufzufassen, und auch die Beseitigung des veralteten Zusammenhanges der Muthung mit der Fundespriorität, die Haupttendenz derselben, nämlich das Verleihungsbegehren, unmittelbar an die erweiterte Theorie des Schürfens anzuschließen, so würden wir das complicirte, viel mißverstandene und deshalb nicht mit vollem Rechte angefochtene Freischurf-Institut uns haben ersparen können und würden mit einer reformirten Muthung und geschütztem Muthungsanspruch den Zweck, der dem Gesetze vorliegt, auch erreicht haben. Dieser Fehler findet seine Entschuldigung darin, daß zehn Jahre später die weit sorgfältiger entwickelte preußische Gesetzes-Reform — jene Distinction ebenfalls nicht genug würdigte. Die österreichische Gesetzgebung hat, wegen des für unhaltbar angesehenen alten Finder-Rechtes, die damit in Zusammenhang stehende Muthung ganz weggeworfen und eine „bedingte Privilegirung localisirter Schurfpunkte" (denn das ist der Freischurf!) an die Stelle gesetzt; in Preußen hat man die Muthung mit dem veralteten Finder-Recht conservirt, sie jedoch durch die Einschränkung des Schurfbegriffes und durch den an

B. O. v. 1772, Cap. VII. §. 2. — Cleve-Märkische B. O. v. 1687, Cap. VI. §. 2 und zahlreiche andere Stellen der älteren Berggesetzgebung, welche bezeugen, daß die Neigung geherrscht haben müsse, die Fundesausrichtung in die Länge zu ziehen! —

sich ganz vortrefflichen §. 18 in die Möglichkeit des Widerspruchs mit den praktischen Verhältnissen des Bergbaues gebracht. Wir haben die Reform aus Rücksichten für den praktischen Betrieb der Neuzeit über die theoretische Nothwendigkeit hinaus bis zur Beseitigung der „Muthung" verfolgt, Preußen hat um der Conservirung eines altbergordnungsmäßigen Grundsatzes willen — die Reform nicht bis zur Grenze des practischen Bedürfnisses fortgeführt. Diese Verschiedenheit erklärt sich aus den Einflüßen bei den Reformarbeiten beider Staaten, die bei uns mehr die Bergmänner, in Preußen mehr die Juristen beschäftigten. Darum ist das preußische Bergrecht präciser und formvollendeter, das unsere den Betriebsverhältnissen näher stehend; man wird in Preußen hie und da noch einen und den andern Schritt vorwärts nach dem practischen Leben thun, man wird bei uns sich etwas mehr auf die formgerechte Strenge und Präcision der Doctrin zurückziehen müssen, um dann in der Wesenheit einst zusammenkommen zu können. Dieß wiederholt sich noch in mehreren Abschnitten, z. B. beim Gewerkschaftswesen, bei der Oberaufsicht, ja selbst schon beim Grundbegriffe der Verleihung, auf welchen wir demnächst zu sprechen kommen.

VIII.

Ipse dolus und quasi-dolus.

Vom Herrn Dr. L. Arndts, k. k. Regierungsrathe und Professor der Rechte in Wien.

Ein Aufsatz von Dr. Ascher in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. XXII. Nr. VIII., die mit diesem Bande aufhört, beschenkt die classische Jurisprudenz der Römer mit zwei neuen technischen Ausdrücken und Begriffen: ipse dolus und quasi-dolus. Es lohnt sich wohl der Mühe, dieses Geschenk, ehe es acceptirt und jene Terminologie recipirt wird, etwas genauer anzusehen.

Der „ipse dolus“ ist vom Verfasser entdeckt in L. 1. §. 22. D. depos. 16. 3. Die Stelle sagt:

Est autem et apud Julianum libro tertio decimo Digestorum scriptum, eum, qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere; hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat.

Der Verfasser scheint hoc als Accusativ mit facere zu verbinden; ipso faßt er ausdrücklich als Beiwort von dolo auf, und dieser ipse dolus ist ihm der „eigentliche dolus“, „eine dolose Handlung“ (S. 279). Und so begegnet uns der ipse dolus im Verlaufe der Abhandlung netto noch siebenmal als terminus technicus. Aber: „iniustitia cuius in mente consedit, hoc ipso, quod adest, turbulenta est“ sagt Cicero de fin. I. 16., und „si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est“ Ulpian in L. 7. pr. D. de dolo. 4. 3., auch wahrscheinlich „hoc ipso, quod ratum habet, voluisse eum retrorecurrere

ratihabitionem“ Marcianus in L. 16. §. 1. D. de pignor. 20. 1. (vergl. Arndts' Pand. §. 78. Anm.). So gehört unzweifelhaft auch in obiger Stelle hoc ipso zuſammen (Dirksen man. lat. v. Ipse). Der Sinn derſelben iſt: Eben dadurch handelt der Empfänger der hinterlegten Sache widerrechtlich (dolo facit), daß er nicht auf Verlangen dieſelbe zurückgibt.

Dolo (dolo malo, dolose) facere, ohne Accuſativ, kommt ſo häufig vor, daß es überflüßig iſt, Belegſtellen dafür anzuführen; man vergl. nur z. B. L. 2. D. de doli mali except. 44. 4.

Mit dem ipse dolus iſt es alſo Nichts. Nicht beſſere Bewandtniß hat es mit dem quasi-dolus.

Dem Verfaſſer iſt es in hohem Grade wahrſcheinlich, daß Gaius für den erweiterten Dolusbegriff dieſen eigenen Kunſtausdruck vorfand; er findet ihn in L. 18. pr. (nicht L. 13. pr., wie S. 299 fehlerhaft gedruckt iſt) D. commod. 13. 6 aus Gai. lib. IX. ad ed. provinciale. Nachdem zuerſt die Regel aufgeſtellt und erläutert iſt, daß „in rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet“, fährt die Stelle fort:

Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res; at si utriusque, ... scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas, sed videndum est, ne et culpa praestanda sit.

„Es iſt gewiß unwahrſcheinlich,“ ſagt der Verfaſſer, „daß die beiden Worte quasi und dolus ſich hier zufällig zu einem überaus paſſenden Kunſtausdrucke zuſammengefunden haben.“ Bedenkt man, wie ſelten ſelbſt quasi-possessio als Subſtantivum in den Quellen vorkommt, ſo iſt vielmehr gewiß unwahrſcheinlich, daß ſchon vor Gaius quasi-dolus als Kunſtausdruck recipirt war, noch unwahrſcheinlicher aber, daß derſelbe, wenn einmal als „überaus paſſender“ recipirt, ſpäter, wie der Verfaſſer meint, dem Worte dolus gewichen ſei. Die Unwahrſcheinlichkeit, auf die der Verfaſſer Gewicht legt, ſetzt aber zudem eine unmögliche Emendation oder Ergänzung der Stelle voraus. „Scriptum invenio, quasidolum tantum praestare debeas?“ Das geht nicht an. Der Verfaſſer glaubt daher, es ſei hier „ein ut oder etwas derartiges ausgefallen“. Alſo: „Scriptum, ut quasidolum praestare debeas?“ Das geht doch wahrlich auch nicht an. Auch quod oder ſonſt „etwas derartiges“ würde ſich Gaius, aus Reſpect vor den Grammatikern, ſchwerlich in dieſem Zuſammenhange erlaubt haben; er würde geſchrieben haben, te quasidolum tantum praestare debere. Er hat

aber geschrieben: „quasi dolum tantum praestare debeas“, d. h. „ich finde bei Einigen die Ansicht ausgesprochen, als ob du nur dolus zu prästiren schuldig seiest“. Dieser Gebrauch des Wörtchens quasi ist so unbedenklich (vergl. Dirksen l. c. v. quasi), daß es wahrlich vergebliche Mühe ist, auf eine Emendation der Stelle zu sinnen.

Also mit dem quasi dolus ist es ebenfalls Nichts. Damit fällt von selbst, was etwa aus jenen Begriffen abgeleitet wird. Das allerdings bleibt wahr, daß die Römer das Wort dolus bald in einem engeren Sinne nehmen, für bewußt widerrechtliches Verhalten, das man immerhin eigentlichen dolus nennen mag, bald in einem weiteren Sinne, wornach es auch die lata culpa in sich begreift; das bedarf keines Beweises, weil Niemand es bezweifelt; nur darf man dabei nicht übersehen, daß auch ein eigentlicher Dolus nicht blos durch eine Handlung, sondern auch durch Unterlassung begangen werden kann. Daß aber jener erweiterte Dolusbegriff im Commodate ausgebildet und von dort in die Depositumslehre übertragen worden sei, das wird durch L. 18. pr. cit. nicht nur nicht, wie der Verfasser S. 299 sagt, sehr wahrscheinlich gemacht, sondern beinahe „mathematisch“ widerlegt. Es ist auch außerdem unwahrscheinlich. Bei dem Depositum gab das Edict selbst Veranlassung, zu untersuchen, wer eines Dolus sich schuldig mache, und so kam man dazu, auch die lata culpa als dolus zu qualificiren. Bei dem Commodatum, wo die Hauptverpflichtung regelmäßig für jedes Versehen verantwortlich macht, nur ausnahmsweise der Empfänger blos für grobes Verschulden haftet, wie der Depositar, war solcher Anlaß weniger geboten. Stellte der Prätor, wie Gai. IV. 47. angibt, auch für die actio commodati directa neben der formula in ius concepta eine formula in factum concepta auf, so wird es darin geheißen haben: „utendam dedisse eamque culpa“ (anstatt „deposuisse eamque dolo malo“) „Numerii redditam non esse“, und ob auch für die contraria commodati actio eine formula in factum concepta aufgestellt war, in welcher allerdings das „dolo malo“ ebensowohl, wie in der formula der directa depositi actio, hätte Platz finden können, ist sehr zu bezweifeln. In der formula in ius concepta genügte überall das „dare facere oportet ex fide bona“; die Jurisprudenz entschied, daß beim Commodat regelmäßig schon levis culpa, beim Depositum nur dolus (et lata culpa) des Empfängers ex fide bona zum Ersatz verpflichtete.

Ueber die Einbeziehung der lata oder latior culpa unter den Begriff dolus wird uns gerade in Beziehung auf das Depositum von einer

Meinungsverschiedenheit innerhalb der Schule des Labeo Kunde gegeben in L. 32. (nicht, wie S. 292 zu lesen ist, L. 23.) D. depos. 16. 3., von einer Meinungsverschiedenheit unter zwei Häuptern dieser Schule, Nerva (dem älteren) und Proculus [1]). Der jüngere Celsus sagt: Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Der Verfasser travestirt dies „mit anderen Worten: Nerva und Proculus fragen: ‚Ist die Depositumsklage eine Contracts- oder lediglich eine Delictsklage?' Proculus entscheidet sich für das letztere." Genauer erklärt sich der Verfasser weiter unten (S. 296) dahin, daß selbst nicht einmal zwischen Sabinus und Proculus ein Streit um die Contracts- und Delicts-Natur des Depositums bestanden habe. „Das Depositum, sagt er, erschien in älterer Zeit lediglich als ein Ereigniß, das im normalen Falle nicht einmal rechtliche Folgen nach sich zog. Was dadurch erzeugt wurde, war nur die locale Nähe des Depositars zur deponirten Sache. Eine rechtliche Beziehung konnte aus der localen Nähe nur dann erwachsen, wenn der Depositar sie sich zu Nutze machte, um einen Verstoß gegen die allgemeinen Pflichten rechtlicher Menschen, einen dolus malus zu begehen. Zu diesen allgemeinen Pflichten gehörte aber nicht allein die, sich der Sache nicht zum eigenen Gebrauche zu bemeistern, sondern auch die, auf die Forderung des Berechtigten die Sache wieder herauszugeben." Indem nun aber Sabinus in L. 11. D. depos. in Beziehung auf das Depositum von Seiten eines Sclaven sich der Anschauung hingab, mit den allgemeinen Pflichten sei nur dasjenige Herausgeben an den Sclaven verträglich, bei dem auch die grobe Nachlässigkeit vermieden sei, nicht auf evidente Wahrscheinlichkeit der Veruntreuung zu achten, gelangt er unversehens dahin, „neben der rein negativen Pflicht der Vermeidung der perfidia auch eine positive Pflicht zur bona fides

[1]) Was den Verfasser berechtigt, bei der Anführung dieser Namen hinzuzusetzen: „beide gegen Ende der Regierung des August und unter Tiberius", ist mir unbekannt. Nerva starb a. n. 786, 19 Jahre nach dem Tode des August, durch freiwilligen Hungerstod, und „Nervae successit Proculus" sagt Pomponius in L. 2. §. 47. D. de O. J. Wenn nun auch damit gesagt sein sollte, daß Proculus Nerva's Nachfolger im Staatsrath des Princeps gewesen sei, so hätte er seit dem Tode des Augustus immerhin 19 Jahre Zeit gehabt, um ein angesehener Jurist zu werden; so viel hat Savigny nicht bedurft zur Erlangung einer „auctoritas maior" unter seinen Zeitgenossen. Und wenn Proculus noch ein Zeitgenosse des Javolenus Priscus und des jüngeren Plinius war, so wird er wohl gegen Ende der Regierung des Augustus kaum schon ein angehender Jurist gewesen sein, so wenig wie Savigny etwa zu Kaiser Joseph's Zeiten. Vergl. Rudorff in der Zeitschrift f. geschichtl. Rechtsw. XII. S. 336—339.

anzunehmen, und so wird, ohne daß er es sich selbst eingesteht, die Delicts- zur Contractsklage, die Klage aus dolus malus zum bonae fidei iudicium". Proculus hingegen hat nach des Verfassers Meinung die reine Delictsnatur strenge festgehalten. Es ist zu verwundern, daß der Verfasser nicht den Einfall gehabt hat, damit eine vielbesprochene Stelle der Institutionen, §. 1. I. de perpet. et temp. act. 4. 12., in Verbindung zu bringen. War die Depositumsklage nach der Ansicht des Proculus eine reine Delictsklage, so war es ganz consequent, daß der Erbe des Depositars ex dolo defuncti nur in id quod ad eum pervenit haftete, und wenn nun Theophilus als Beispiel für das „aliquando ... ex contractu actio contra heredem non competit, cum testator dolose versatus sit" das Depositum anführt, so könnte er ja sehr wohl in einer Schrift des Proculus die Berechtigung dazu gefunden haben. Eine solche Combination wäre ganz entsprechend der scharfsinnigen Weise, wie der Verfasser S. 294 herausbringt, daß sich merkwürdiger Weise von jener alten vor Sabinus gemeingiltigen und später auch noch von den Proculianern eine Zeitlang vertheidigten Ansicht gerade bei einem Sabinianer der reinste Ueberrest erhalten habe. Bei Gaius nämlich III. §. 207. lesen wir: Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo fecerit. Die Stelle findet sich buchstäblich wieder in Justinian's Institutionen (IV. 1. §. 17., nicht §. 16.), nur mit der Aenderung sed tantum für tantumque und dem Zusatze malo zu dolo; die Einschaltung aber ist, so meint der Verfasser, „unmöglich anders zu erklären, als daß Justinian auf die Quelle, aus der Gaius geschöpft, zurückgegangen ist und dort das Wort malo gefunden hat". Ihm erscheint dieser Zusatz als eine wichtige Emendation, und die Stelle in dieser Form als „das beste aller erhaltenen Denkmale von der vorsabinianischen Depositumslehre", und er trägt kein Bedenken, sie dem Qu. Mucius zuzuschreiben. „Ihr Sinn bedarf wohl keines Commentars," sagt der Verfasser. Damit bin ich einverstanden, aber um so mehr scheint mir des Verfassers Ausführung darüber eines Commentars bedürftig zu sein, oder vielmehr, um aufrichtig zu sein, ich besorge, daß der weitläufigste Commentar nicht vermöge, einen Sinn herauszubringen. Ulpian lehrt in L. 14. §. 3. (nicht §. 5.) D. de furt. 47. 2. ganz dasselbe, wie Gaius a. a. O., indem er auch nur des Wortes dolus ohne den Zusatz malus sich bedient. Es ist mir unbegreiflich, wie der Verfasser darin eine durchgreifende Aenderung erkennen mag, im Gegensatze zu welcher Gaius nur mit dem Auslassen des

Wortes malo sich begnügt habe, „was freilich für seinen Zweck die Hauptsache war“ (S. 295). Es ist mir auch unbegreiflich, was Gaius mit diesem Auslassen konnte bezwecken wollen und erreichen. Ist doch in unzähligen Stellen von dolus schlechthin die Rede und doch nichts anderes als dolus malus zu verstehen, und nur darum non fuit contentus Praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant (L. 1. §. 3. D. de dolo. 4. 3.). Mit oder ohne malo hat die Stelle des Gaius ganz und gar denselben Sinn. Vollends mißlich aber für den Verfasser ist es, daß Huschke (iurisprud. anteiust. p. 243) mit gutem Grunde auch in der Stelle des Gaius das malo nach dolo restituirt, indem er damit zugleich die Entstehung des unbrauchbaren handschriftlichen praestatum in der vorhergehenden Zeile erklärt. Damit wäre denn „das beste aller Denkmale“ vollends zerstört. Doch kehren wir zurück zu dem, quod Proculo displicebat, wie L. 32. D. depos. berichtet.

Daß Proculus entgegen der Ansicht der Sabinianer und anderer Proculianer überhaupt der Meinung gewesen sei, die lata culpa sei überall nicht gleich dem dolus zu behandeln, dafür gibt die L. 32. cit. keineswegs einen ganz sicheren Beweis. Celsus, der die Ansicht des Altmeisters Nerva gegen den jüngeren Proculus vertheidigt, faßt insbesondere den Fall in's Auge, wenn Jemand, der überhaupt nicht ein diligens paterfamilias ist, nicht einmal das Maß der von ihm in eigenen Angelegenheiten bewiesenen Sorgfalt angewendet hat. Es ist sehr wohl möglich, daß die Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhange überhaupt nur darauf sich bezog. Daraus würde sich auch der Comparativ latiorem culpam erklären, der vielleicht nur durch ungeschicktes Zerreißen des Zusammenhanges seine Beziehung verloren hat. Wenn man aber auch L. 32. cit. so erklärt, wie Hasse von der Culpa S. 195 fg. (2te Auflage), so folgt daraus keineswegs, daß Proculus die Depositumsklage als eine Delictsklage, nicht als bonae fidei actio ansah. Belehrt uns doch derselbe Hasse S. 365, daß bona fides im engeren Sinne gerade den Gegensatz von dolus bezeichnete, und führt unter andern eben die L. 32. cit. zum Beweise dafür an. Wäre der Streit darum gewesen, ob Delictsklage, ob bonae fidei actio? so wäre die Argumentation des Celsus gegen Proculus nichts weniger als schlagend, indem sie damit schließt: „nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam praestabit.“ Der Streit war darum, ob jene latior culpa auch schon gegen die Fides verstoße, die dieses Contractsverhält-

niß erheischt. Das verneinte Proculus, die Uebrigen bejahten es, und es wurde die herrschende Meinung. Eine Delictsklage konnte dennoch auch Proculus in der Depositumsklage schon darum nicht erkennen, weil diese nach der ausdrücklichen Bestimmung des Edicts auch gegen den Erben ex dolo defuncti „in simplum", d. i. in solidum simplum, nicht nur in id quod ad eum pervenit, stattfand, und aus demselben Grunde war selbst die actio depositi tumultus causa facti nicht lediglich eine Delictsklage.

Mir scheint hiernach die Grundlage der Beweisführung für das vom Verfasser behauptete Verhältniß der actio depositi mit formula in factum concepta zu der mit formula in ius concepta von sehr schwächlicher Beschaffenheit zu sein. Er behauptet, die erste allein sei, in Beziehung auf das Depositum tumultus causa, eine civilrechtliche Klage, und dann nur, mit Beschränkung auf das simplum, weiter auch auf das einfache Depositum ohne Fiducia ausgedehnt worden, die andere aber sei lediglich eine Schöpfung des prätorischen Rechtes, und auch nachdem das Institut seine Vollendung erreicht, sei die formula in factum concepta die hauptsächliche Klage geblieben, die formula in ius concepta habe nur für einzelne Ausnahmsfälle gedient, diejenigen vorzüglich, wo dem Depositum eine Gegenforderung ex eadem causa entgegenstand. Um diese Behauptung aufrecht zu halten, muß der Verfasser zum guten Schluß (S. 307 fg.) sich noch in Widerspruch setzen „mit einem Sprachgebrauche, der in den Schriften über römischen Civilproceß der übliche ist", und „die zum Theile ausgezeichneten Männer", denen er entgegentritt, eines Mißverständnisses einer Stelle des Gaius überführen, indem er selbst eine Erklärung derselben gibt, die seiner Meinnng nach zwar die einzige grammatisch gerechtfertigte ist, meines Erachtens aber denselben Character der Leichtfertigkeit an sich trägt, wie die Erfindung des ipse dolus und des quasi-dolus. Gaius IV. 45. sagt: „Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere aut pro fure damnum (decidi oportere, in) quibus iuris civilis intentio est", und bemerkt dann im Gegensatze dazu §. 46: „Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est, sed" etc. Der Verfasser paraphrasirt den letzten Zusatz des §. 45. mit den Worten: „In diesen drei Beispielen ist das behauptete ius ein aus dem Civilrecht hervorgehendes". Der §. 46. aber ist nun nach des Verfassers Meinung bisher mißverständlich so ausgelegt worden, als laute er: in

quibus nulla talis (sc. iuris civilis) intentio est, während es doch darin heiße: nulla talis intentionis conceptio. Nur die Fassung der intentio werde als das unterscheidende Merkmal der beiden Arten der Formula bezeichnet; nur die Form, nicht der Inhalt der intentio; ihrem Inhalte nach könne auch in der formula in ius concepta die intentio ebensowohl die Behauptung eines Rechtes iure honorario als iure civili enthalten; „die Klagen mit intentio iuris civilis sind nur Beispiele der Abfassung der intentio in ius concepta" (S. 308 fg.).

Die Erwartung, daß, „nachdem das Mißverständniß einmal aufgeklärt worden, die hier aufgestellte Interpretation wohl schwerlich werde bezweifelt werden", muß ich vereiteln. Daß die Diction des Gaius nach dieser Interpretation nicht von Tadel frei sei, räumt der Verfasser selbst willig ein; „denn sonst wäre das Mißverständniß nicht so allgemein". In welchem Maße sie tadelhaft sei, das hat er sich wohl nicht klar vor Augen gestellt; denn sonst hätte er vielleicht erkannt, daß vielmehr seine Interpretation nicht vom Tadel frei sei, anstatt den Tadel auf Gaius zu werfen, der doch sonst nicht übel zu schreiben versteht, wenn wir dem Urtheile von Rechtsgelehrten, die sich zugleich durch ihre philologischen Kenntnisse vor Anderen auszeichnen, wie Böcking und Huschke, vertrauen dürfen. Nach jener Interpretation erscheint der Zusatz: „in quibus iuris civilis intentio est" als eine ganz unnöthige gelegentliche Bemerkung, und zwar als eine verfängliche Bemerkung, weil sie den Leser verleiten muß, ihr eine materielle Beziehung zu dem Vorhergehenden beizulegen und zu glauben, wie bisher Alle geglaubt haben, daß der formula in ius concepta eine civilis iuris intentio wesentlich gewesen, oder nur, wo eine solche statthaft war, eine formula in ius concepta gegeben worden sei. Wollte Gaius noch der Vorstellung Raum geben, daß es auch solche Formulä ohne eine intentio iuris civilis gebe, so mußte er, um jenes Mißverständniß abzuwehren, auch dafür ein Beispiel anführen und dann etwa hinzusetzen: „in quibus intentio iuris honorarii est". Der Fehler wird noch größer, wenn man den §. 46. herbeizieht. Die Worte: „in quibus nulla talis intentionis conceptio est" bilden handgreiflich den Gegensatz zu dem Schlußsatze des §. 45. Nun kann hier zwar das Wort talis grammatisch sowohl als Nominativ zu conceptio wie als Genitiv zu intentionis bezogen werden. Aber das erste ist nicht wahrscheinlich, weil zu conceptio schon nulla als Beiwort gehört; Gaius würde, wenn er sich jene Wortverbindung gedacht hätte, wohl lieber gesagt haben: „in quibus non est talis intentionis conceptio", oder noch sicherer: „talis conceptio

intentionis". Viel näher liegt es, talis als Genitiv mit intentionis zu verbinden. Talis intentio aber heißt in dieſem Zuſammenhange eine intentio iuris civilis, und ſo ſagt denn §. 45. buchſtäblich: in factum conceptae formulae ſind ſolche, in welchen keine intentio iuris civilis vorkommt. Und abermals noch größer erſcheint der Dictionsfehler des Gaius, wenn man mit dem Verfaſſer annimmt, jener habe die actio depositi mit formula in ius concepta als eine prätoriſche Klage im Sinne gehabt, in welcher nicht iuris civilis intentio vorkam, die aber gleichwohl in ius concepta ſei. Gaius gibt bald nachher dieſe Formel an (§. 47.), mit der Intentio: „quidquid dare facere (paret) oportere ex fide bona". Nun iſt in dem „dare facere oportere" doch jedenfalls auch das „dare oportere" enthalten. In §. 45. aber bezeichnet er das letzte als iuris civilis intentio. Wie konnte er da von einem Leſer erwarten, daß er dennoch bei §. 47. denke, ja nur für möglich halte, in der hier vorgelegten formula in ius concepta ſei die intentio nicht iuris civilis? Daß Gaius von dem Vorwurfe einer ſolchen lata culpa in ſeiner Schreibweiſe freizuſprechen, daß vielmehr ſeine Meinung iſt, die formula in ius concepta enthalte ſtets eine iuris civilis intentio, das wird zum Ueberfluße noch beſtätiget durch L. 6. D. de praescript. verb. 19. 5., wo mit den Worten civili intentione agendum est auf die praescriptis verbis actio verwieſen wird, der unzweifelhaft eine formula in ius concepta entſprach, obwohl ſie in anderer Beziehung auch in factum actio hieß; ferner durch L. 16. §. 1. eod. in den Worten: „nullam iuris civilis actionem esse, Aristo ait; an in factum dari debeat, deliberari posse", worin offenbar an den Gegenſatz der actio praescriptis verbis mit formula in ius concepta und einer actio in factum concepta gedacht, vielleicht ſogar actionem anſtatt intentionem interpolirt iſt; und daß die actio praescriptis verbis eine civilis actio war, iſt ſonſt noch mehrfach beſtimmt ausgeſprochen (L. 8. 9. D. eod. L. 7. §. 2. D. de pactis 2. 14. L. 23. D. comm. div. 10. 3.).

Jedoch: die hier vertheidigte Auffaſſung der formula in ius concepta ſoll ja die Autorität des Cicero geradezu gegen ſich haben? So ſagt der Verfaſſer S. 307. Wir leſen nämlich bei Cic. de off. III. 15.: „Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut (in) tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plaetoria, et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona". Der Verfaſſer nun ſcheint ſich bei den Worten „sine lege iudiciis" ſolche iudicia zu denken, welche sine lege ſtattfinden, d. h. nach ſeiner Auffaſſung, welche nicht aus den XII. Tafeln oder einer andern Lex, weder direct noch durch Vermitt-

lung der Jurisprudenz, entlehnt und darum nicht iuris civilis sind. Darnach wären denn sämmtliche actiones bonae fidei nicht civiles actiones gewesen. Wie dieses mit unseren juristischen Quellen zu vereinigen wäre, ist nicht abzusehen. Man vergleiche nur L. 7. D. de pact. 2. 14. Gai. IV. §. 62. und die ganze Theorie der obligationes quae consensu fiunt. Der Verfasser faßt den Begriff des ius civile, wie er etwa im Gegensatze von ius gentium, nicht wie er im Gegensatze gegen das ius honorarium zu fassen ist, und sieht darum alle iudicia, die nicht auf eine Lex sich gründen, als nicht civile an (vergl. L. 7. D. de iust. et iure. L. 5. D. de pignor. 20. 1. §. 1. J. de obl. 3. 13.). Er construirt auch die Stelle des Cicero meines Erachtens unrichtig. Cicero sagt, der dolus malus sei vindicatus a) et legibus, d. h. durch Leges, welche ausdrücklich denselben ahnden, b) et, sine lege, iudiciis, in quibus additur ex fide bona, d. h. auch ohne eine in einer Lex festgesetzte Ahndung, in den iudiciis bonae fidei; wobei nicht gesagt ist, daß diese non ex lege iudicia, nicht aus einer Lex, weder direct noch durch Vermittlung der Jurisprudenz, abgeleitet seien[1]). Und wenn auch Cicero's Andeutung der Erklärung, die der Verfasser von Gaius IV. 46. 46. gibt, einigen Schein verliehe, wir könnten sie doch nicht annehmen, weil in diesen Dingen die Autorität des Gaius mehr gilt,

[1]) Eben so wie unser Verfasser construiren freilich auch Andere. Dernburg (Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 471., Compensation S. 63.) sagt: Cicero stelle die bonae fidei iudicia als sine lege iudicia den durch die Gesetze eingeführten actiones entgegen. Allein er nimmt selbst das iudicium fiduciae davon aus, das er in den zwölf Tafeln begründet hält, und sagt daher „die übrigen b. f. iud.". Und doch nennt Cicero (III. 17. §. 70.) jenes mitten unter den übrigen b. f. iudicia als eines derjenigen, in welchen nach des Q. Mucius Scaevola Ausdruck bonae fidei nomen versabatur, obwohl nach III. 15. dabei die Formula die Worte enthielt: „ut inter bonos agier", und stellt hier dieselbe eben so wie die iudicia mit der Formula „ex fide bona", offenbar in Gegensatz mit den Fällen, wo dolus malus legibus erat vindicatus. Auch stellt er III. 17. §. 69. entgegen: „aut lege sanciri aut iure civili", wo unter dem letzten alles Gewohnheitsrecht verstanden ist Uebrigens stimmt Dernburg mit dem Verfasser zwar darin überein, daß er bezüglich der Ausbildung der b. f. iudicia dem prätorischen Edicte einen entscheidenden Einfluß zuschreibt, vermeidet es aber vorsichtig, das ius civile im engeren Sinne mit dem ius praetorium ganz zu vermischen. Er sagt (Compens. S. 64): Der formula in ius concepta habe sich der Prätor bedient, wenn sich im Leben über ein Verhältniß allseitig anerkannte Rechtssätze gebildet hatten, wo man, noch ehe der Prätor eine Klage proponirt hatte, ein objectives Recht zugestand, also ein ius (civile), das nicht blos tuitione praetoria bestand. Wollte aber unser Verfasser etwa entgegnen, er sage (S. 307) auch nicht mehr, als daß die formula in ius concepta eine rein prätorische Schöpfung sei, so möchte das wohl mit gutem Fug von allen Formulä behauptet werden können. Vgl. übrigens Demelius, Ztschr. f. Rechtsgesch. II. S. 178 fg.

als die des Cicero. Bei Gaius finden wir noch einmal den Ausdruck iuris civilis intentio in besonderer Beziehung auf in personam actio, und auch hier ist er offenbar gleichbedeutend mit in ius intentio, formula, quae in ius habet intentionem, gleichbedeutend mit formula, quae iuris civilis habet intentionem (Gai. IV. 106. 107.), und wenn nun das Edict nach Gai. IV. 47. für die actio depositi, wie für andere bonae fidei actiones, eine formula in ius concepta aufstellte, so ist es unmöglich anzunehmen, daß diese „eine spätere rein prätorische Schöpfung", daß diese depositi actio eine Klage sei, welche nicht ex legitima et civili causa descendit, sondern quam praetor ex sua iurisdictione comparatam habet, quae ex propria ipsius iurisdictione pendet, non ipso iure competit, sed a praetore datur (§§. 3. 6.—12. J. de act. 4. 6. Gai. IV. §§. 100.—102.). Vielmehr war unzweifelhaft die formula in ius concepta die regelmäßige Form der depositi actio, als des Rechtsmittels zur Geltendmachung der civilis obligatio ex contractu. Eine formula in factum concepta stellte das Edict neben jener für solche Fälle auf, in denen eine iuris civilis intentio nicht anwendbar war, vorzüglich wohl für hausunterthänige Personen, welche eine Sache in Verwahrung gegeben oder ausgeliehen hatten (L. 9. 13. D. de O. et A. 44. 7. Rudorff Rechtsgesch. II. S. 172. Anm. 30—32).

Mehr Beachtung als die bisher besprochenen Ausführungen des Verfassers verdient ein anderer Versuch, zu beweisen, daß eine depositi actio als Contractsklage, und eben so commodati actio, zu Cicero's Zeit noch nicht ausgebildet war, abgesehen von dem depositum oder commodatum cum fiducia (S. 299 fg.). Diese Beweisführung beruht in einer Vergleichung der Aufzählung der bonae fidei iudicia, die wir bei Cic. de off. III. 17. und de nat. Deor. III. 30. finden, mit derjenigen bei Gai. IV. 62., sodann in Vergleichung der Angabe der actiones famosae in der Lex Julia municipalis (a. u. 709.) lin. 108 bis 125 mit derjenigen in L. 1. pr. D. de his qui infam. not. 3. 2. nach dem Edicte. Bei Cicero findet sich als iudicium (arbitrium) bonae fidei zwar das arbitrium fiduciae, nicht aber depositi und commodati aufgeführt, bei Gaius aber erscheinen unter den bonae fidei iudicia neben dem iudicium fiduciae auch das iudicium depositi und (nach der aus §. 28. J. de action. 4. 6. entlehnten unbedenklichen Ergänzung der lückenhaften Stelle) das iudicium commodati und pignoris dati. Als infamia notatus ferner erscheint in der Lex Julia municipalis zwar der iudicio fiduciae, nicht aber der iudicio depositi condemnatus; in L. 1. pr. cit. fehlt natürlich der erste, dagegen kommt darin der zweite vor

(vergl. L. 6. §. 6. eod. L. 10. Cod. depos. 4. 34.). Dieß begründet nun allerdings eine gewiſſe Wahrſcheinlichkeit, daß zu Cicero's Zeit eine actio pignoris dati als Contractsklage noch nicht gegeben war, daß vielmehr in allen dieſen Fällen nur fiduciae actio helfen konnte, welche vorausſetzte, daß eben cum amico oder cum creditore fiducia contracta erat (Gai. II. 60.). Aber mehr als Wahrſcheinlichkeit gewährt es jedenfalls nicht, ſchon deshalb nicht, weil nicht ſicher iſt, daß Cicero a. a. O. vollſtändig alle damaligen bonae fidei iudicia angeben wollte und angegeben habe; er erwähnt z. B. nicht des iudicium familiae erciscundae, das (e lege XII. tabb. proficiscens: L. 1 pr. D. h. t. 10. 2.) zuverläßig ſchon damals denſelben Character hatte, und deſſen Nichterwähnung auch nicht etwa daraus ſich erklären läßt, daß der Zuſatz in deſſen formula nicht lautete „ex fide bona“, ſondern „quantum aequius melius“; denn er erwähnt doch des iudicium fiduciae, welches ſich nach III. 15. de off. auch nicht durch die Formel „ex fide bona“, ſondern „ut inter bonos bene agier oportet“ als arbitrium characteriſirte.

Ueber den Urſprung der bonae fidei iudicia und die Ausbildung der Contractus, aus welchen ſie hervorgehen, ſind bekanntlich die Meinungen verſchieden. Andere ſchon haben dieſe erſt der Zeit des Formularproceſſes zugeſchrieben. Man vergleiche vorzüglich Bekker und Dernburg in d. Heidelb. krit. Ztſchr. I. S. 442 fg. u. Dernburg Compenſ. S. 63 fg. Demelius a. a. O. Ohne Zweifel hat in der letzten Zeit der Republik ſeit Q. Mucius Scaevola und in der erſten Kaiſerzeit eine höchſt bedeutſame innere Entwickelung des materiellen Rechtes ſtattgefunden. So iſt es auch wohl möglich, daß die drei benannten Realcontracte außer dem Darlehen, und die entſprechenden actiones depositi, commodati, pigneratitia erſt in dieſer Zeit zur vollen Ausbildung gekommen ſind, daß man ſich in dieſen Fällen, wo nicht fiducia contracta erat, noch lange mit der furti actio beholfen habe, wie man nach Gell. VII. 15. und Val. Max. VIII. 2, 24. wahrſcheinlich finden könnte. Bei der Spärlichkeit unſerer Quellen iſt in dieſer Beziehung der hiſtoriſchen Hypotheſe und Combination ein weites Feld gegeben. Aber dabei ſollte man ſtets große Vorſicht anwenden und vor Allem ſich davor hüten, den lauterſten und ſicherſten Quellen unſerer Kenntniß der entwickelten Jurisprudenz der Römer Gewalt anzuthun, nichts aus ihnen herausleſen, was ſie nicht ſagen, und ihnen nicht eine Interpretation octroyiren, die nur in Verbindung mit dem Vorwurfe großer Nachläſſigkeit in der Schreibweiſe aufrecht zu erhalten und uns ſelbſt nur beigekommen iſt, weil ſie uns „durch einen beſonderen Grund wichtig geworden“, wie der

Verfaſſer S. 309 in Beziehung auf die oben beſprochene Stelle des Gaius (IV. 45. 46.) andeutet. Daß der Verfaſſer dieſe Vorſicht nicht überall geübt, daß er insbeſondere, was ich zunächſt mir zu erweiſen vorgeſetzt, mit Unrecht der römiſchen Jurisprudenz die in der Ueberſchrift dieſes Aufſatzes bezeichneten Begriffe octroyirt habe, das glaube ich zur Genüge, vielleicht zu ausführlich dargethan zu haben.

Zum Schluſſe möge mir gleichwohl noch vergönnt ſein, mich zu dem Ausgangspunkte der kritiſirten Abhandlung zurückzuwenden, da ich ſogleich in der erſten Haupterörterung Verfehltes zu erkennen glaube. Zum Ausgangspunkte dient dem Verfaſſer das Edict über Depoſitum, das uns in L. 1. §. 1. D. depos. 16. 3. referirt wird. Die Faſſung dieſes Fragments erſcheint dem Verfaſſer höchſt auffallend. „Das Depoſitum tumultus causa, ein practiſch ſehr geringer Theil der Depoſitumslehre, beherrſcht das ganze Fragment.“ Er ſucht dafür einen hiſtoriſchen Grund. Dieſen findet er in der den Sententiä des Paulus (II. 12.) entlehnten Stelle der Collatio X. 7. §. 11. Sie ſagt:

Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.

Da aber die receptae sententiae nur Recht enthalten, das zur Zeit des Paulus practiſch geltend war, da ferner die einzige damals practiſche depositi actio in duplum die actio depositi tumultus causa facti war, ſo muß — das iſt die Meinung des Verfaſſers — dieſe in jener Stelle verſtanden ſein; „dieſe iſt es daher, die aus den zwölf Tafeln ſtammt“ (S. 267 fg.). Von dem depositum tumultus causa ſteht kein Wörtchen in der Stelle; der Verfaſſer interpretirt es erſt hinein, mittels einer ſehr leichten Argumentation, der Mahnung folgend: „Legt Ihr nichts aus, ſo legt was unter“.

Die Sententiä enthalten nur practiſches Recht: das iſt der Oberſatz. Aber nach Collat. XVI. 3. §. 3. ſagten dieſelben Sententiä: „Intestatorum hereditas lege XII tabularum ..... aliquando quoque gentilibus deferebatur“. Nach Gai. III. 17. Collat. XVI. 4. §. 2. wird wohl Niemand behaupten, darin ſei nur Recht enthalten, das zur Zeit des Paulus practiſch geltend war. Eben daſelbſt §. 20. (in den Sentt. IV. 8. §. 22.) leſen wir: „lex XII tabularum sine ulla discretione sexus“ (nach Huſchke: „sine illa discretione feminini sexus“) „agnatos admittit“. Wäre dieſes damals practiſches Recht geweſen, ſo hätte Juſtinian vermuthlich keinen Anlaß gehabt, durch L. 14. Cod. de legit. hered. 6. 58. das civile Inteſtaterbrecht der feminae agnatae ultra consanguineam zu erweitern. Zum Ueberfluß ſagt uns Paulus ſelbſt unmit-

telbar vorher, daß dieſer Satz der zwölf Tafeln längſt vor ſeiner Zeit Voconiana ratione eine weſentliche Beſchränkung erlitten hatte (Gai. III. 14. 23.).

Aber datur actio, in praesenti, heißt doch: es wird jetzt, heutzutage noch die Klage gegeben? alſo kann nur eine noch practiſche Klage gemeint ſein? Ich antworte: Nein; „datur actio lege XII. tabb.“ heißt nichts anderes, als: hier, in den zwölf Tafeln, von denen Paulus natürlich eine Abſchrift zur Hand hatte, ſteht geſchrieben oder iſt enthalten, daß actio depositi in duplum ſtattfinde. Auch im §. 22. l. c. bedient ſich Paulus des Präſens: admittit, nicht des Perfects: admisit.

Und welche Nachläſſigkeit der Schreibweiſe muß dem fraglichen Satze der Collatio nach der Erklärung des Verfaſſers Schuld gegeben werden? Ex causa depositi, heißt es, wird nach den zwölf Tafeln eine Klage auf das Doppelte, nach dem Edicte auf das Einfache gegeben. Nur im Ziel der Klage wird eine Differenz der beiden Rechtsquellen hervorgehoben. Jene Erklärung legt auch noch eine Differenz in Anſehung des Grundes der Klage hinein: „Ex causa depositi“, nämlich beziehungsweiſe „ex causa depositi tumultus causa facti“ und „ex causa depositi cuiuslibet“, ſo ſoll der Leſer ſich hinzudenken. Mich dünkt, das iſt im Auslegen ſehr munter. Die Faſſung des Satzes erſcheint nach dieſer Auslegung um ſo mehr verkehrt und tadelnswerth, als die actio in duplum ex causa depositi tumultus causa facti ja auch im Edicte ausdrücklich aufgenommen war, alſo auch edicto praetoris datur.

Doch die Argumentation des Verfaſſers hat noch ein Moment im Hinterhalt. Die letztgenannte Klage iſt nach L. 18. D. h. t. 16. 3. perpetua actio. Darum muß ſie, da ſie zugleich eine Strafklage iſt, „in einer Lex ihren Urſprung haben, und das kann nur die lex XII. tabb. ſein“ (S. 268). Aber die actio furti manifesti in quadruplum war eine prätoriſche Klage, und dennoch war auch ſie perpetua actio (Gai. IV. 110. pr. J. de perpet. 4. 12.), „merito (ſagt Gaius), cum tantum pro capitali poena pecuniaria constituta sit“. In unſerem Falle verhält ſich die Sache etwas anders. Das Edict hat hier nur die actio in duplum, die ſchon nach den zwölf Tafeln begründet war, beibehalten; dieſe war nicht, wie die actio furti manifesti, corrigendi iuris civilis gratia introducta, nicht ex ipsius praetoris iurisdictione profecta, und in ſo ferne iſt es richtig, daß ſie ihren Urſprung im Zwölftafelgeſetze hatte, aber nicht in ihrer beſonderen Qualification als ex causa depositi tumultus causa facti hervorgehend, ſondern nur, weil das Edict eben nur unter

Voraussetzung dieser besonderen Qualification des Depositum dieselbe als actio in duplum beibehalten hat.

Vergleicht man nämlich ohne vorgefaßte Meinung die Stelle des Paulus (Collat. XVI. 3. §. 11.) mit dem Edicte in L. 1. §. 1. D. depos. 16. 3., so bietet sich ungekünstelt folgender historische Zusammenhang dar. Nach dem Zwölftafelgesetze konnte ex causa depositi auf doppelten Ersatz geklagt werden. Diese Folge erschien dem Prätor für die Fälle eines gewöhnlichen Depositums zu hart. Für diese beschränkte er daher die Klage auf das Einfache. Im Falle eines sogenannten depositum miserabile aber fand er sich eine solche Milderung eintreten zu lassen nicht bewogen; dafür behielt er die actio in duplum gegen den Depositar selbst, und auch gegen dessen Erben, sofern dieser eines Dolus sich schuldig machte, bei. So edicirte denn der Prätor:

Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo.

Diese Fassung des Edicts ist hiernach nicht im Mindesten auffallend, erscheint vielmehr sehr angemessen. Voran steht der gewöhnliche Fall, derjenige, in Ansehung dessen der Prätor eine Aenderung des älteren Rechts, corrigendi iuris civilis gratia, einführen wollte; er bezeichnet ihn vollkommen passend negativ „quod neque ... neque"; und dann folgt in passendster Weise der Ausspruch, daß er in den hier angedeuteten besonderen Fällen, wie bisher, in duplum actio gewähren werde.

Uebereinstimmend mit dem Vorstehenden äußert sich schon Schulting in der iurisprud. anteiust. ad Pauli sent. II. 12. §. 11. Jene actio in duplum der zwölf Tafeln ex causa depositi hat nun freilich schon Manchem Scrupel gemacht, wohl hauptsächlich aus dem Grunde, weil man sich nicht entschließen konnte, in jener alten Zeit schon dem formlosen Realvertrage eine so strenge rechtliche Folge zu geben. Man hat wohl vermuthet, sie sei nichts anderes als die actio furti nec manifesti, auf diesen besonderen Fall angewendet. Aber mit Recht bemerkt dagegen der Verfasser S. 268. Anmerk. 2., daß dieß nach L. 1. §. 2. L. 67. D. de furt. 47. 2. nicht zuläßig sei, weil darnach infitiando depositum nemo facit furtum; man müßte also wenigstens eine besondere Bestimmung über die Folgen der infitiatio depositi in den zwölf Tafeln voraussetzen. Man hat auch wohl die fiduciae actio als die

einzige ältere actio ex causa depositi angesehen, und auch damit hat man jene actio in duplum in Verbindung bringen wollen, indem die treulose Ableugnung der bei der mancipatio der Sache eingegangenen Verpflichtung die Strafe des doppelten Ersatzes nach sich gezogen habe. Allein die fiduciae actio beschränkte sich nicht blos auf Depositum; die Stelle des Paulus aber scheint auf eine specielle Erwähnung der actio ex causa depositi in den zwölf Tafeln hinzudeuten. Auch berechtigt uns Nichts, die fiducia mit Dernburg a. a. O. als nothwendige Voraussetzung der Verfolgung eines Depositums in jener Zeit zu denken. Gaius (II. 60.) deutet durch nichts darauf hin, indem er als Zweck der fiducia cum amico contracta angibt „quod tutius nostrae res apud eum essent", d. h. daß der Freund als Eigenthümer in jeder Beziehung die Sache zu wahren und für sie einzustehen besser in den Stand gesetzt sei. Und ist es denn wohl wahrscheinlich, daß man in der Zeit von den zwölf Tafeln bis Cicero es auch nur anständig, geschweige denn für einen diligens paterfamilias nothwendig gefunden habe, sich den Umständlichkeiten der Fiducia zu unterziehen, wenn man auf kurze Zeit der Abwesenheit, z. B. um der Weinlese auf seinem Landgut beizuwohnen, seine Baarschaft oder Bücher und dergleichen, oder auch einen Lieblingssclaven im Knabenalter oder ein Lieblingsroß der Obhut eines befreundeten Bürgers oder eines ergebenen Freigelassenen anvertrauen wollte, und daß man, wenn man es versäumt und in der Treue des Erkorenen sich geirrt hatte, ohne Rechtshilfe gewesen sei?

Erwägt man alles dieß, so ist es wohl berechtigt, sich an das zu halten, was die spärlichen Quellen nach nüchterner Auffassung ergeben. Jedenfalls aber glaube ich auch durch diese Schlußbemerkung dargethan zu haben, daß die Resultate, welche uns in der im Eingange genannten Abhandlung geboten werden, keineswegs mit solcher Zuversicht anzunehmen sind, als mit welcher der Verfasser dieselben darlegt. Man vergleiche dagegen auch Demelius a. a. O. S. 223. fg.

IX.

Bemerkungen über das Verbrechen der widernatürlichen Unzucht.

Vom Herrn Dr. Eduard Senft, k. k. Staatsanwaltsſubſtituten in Troppau.

Unter widernatürlicher Unzucht verſteht man im Allgemeinen jede naturwidrige Befriedigung des Geſchlechtstriebes.

Das canoniſche Recht faßt bekanntlich jedes peccatum als Verbrechen auf [1]), und erklärt dieſer weiten Begriffsbeſtimmung entſprechend in caus. 32. qu. 7. can. 13.: flagitia, quae sunt contra naturam, ubicunque et semper detestanda et punienda sunt: qualia Sodomitarum fuerunt.

Dieſe Stelle gab Veranlaſſung, ſämmtliche in dieſes Gebiet einſchlagenden Vergehen mit dem gemeinſamen Namen: Sodomie zu bezeichnen. Dahin gehören nach canoniſcher Anſchauung [2]):

1. Die sodomia ratione generis, d. i. concubitus hominis cum bruto animali — d. i. Beſtialität.

---

[1]) Siehe C. 3. X. de jud.

[2]) S. insbeſondere can. 4. Caus. 15. qu. 1. — can. 12.—14. Caus. 32. qu. 7. c. 4. X. de excess. praelat. — Tertullian ſagt in pudicit. c. 4.: Reliquas autem libidinum furias impias et in corpora et in sexus ultra jura naturae, non modo limine, verum omni ecclesiae tecto submovemus, quia non sunt delicta, sed monstra. Auch die Bußbücher gedenken der Sodomie. So heißt es in Regino I. 304.: fecisti fornicationem, sicut Sodomitae fecerunt, aut cum pecoribus, aut cum matre vel sorore, quindecim annos vel duodecim poenitere debes.

2. Die sod. ratione sexus, d. i. Unzucht mit Personen desselben Geschlechtes, insbesondere jene zwischen Mann und Mann, die sogenannte Knabenschändung, paederastia, seu sodomiticum crimen in originali vocabuli significatione (commasculatio).

3. Die sod. rat. ordinis naturae, sogenannte concubitus praeposterus, d. i. widernatürliche Wollustbefriedigung zwischen Personen verschiedenen Geschlechtes.

4. Incestus, Blutschande, d. i. Beischlaf cum consanguineis. Diese Art wird nunmehr allgemein aus dem Begriffe der widernatürlichen Unzucht ausgeschieden und als selbstständiges Verbrechen behandelt, daher wir auf dasselbe weiter keine Rücksicht nehmen.

5. Jeder wie immer geartete genitalium abusus sine concubitu, so die onania seu masturpatio, und die libido in cadavere exstincta.

Anlangend die römischen Rechtsquellen, so verpönt bereits die lex Scatinia[3]) die monstrosa venus und die nefanda libido. Vorzugsweise war diese lex gegen das aus Griechenland nach Rom eingewanderte Laster der Knabenschändung gerichtet. Andere Gesetze über Fleischesvergehen sind bis auf das von Augustus im Jahre 737 a. u. c. — d. i. 17 Jahre vor Christi Geburt — erlassene Gesetz de adulteriis nicht bekannt. Es konnten solche Gesetze auch um so leichter entbehrt werden, als die Jurisdiction der Hausväter und Ehemänner, und jene der Censoren, welche für Aufrechthaltung der guten Sitten zu sorgen hatten, sich der vollsten Ungebundenheit erfreut hat[4]).

---

[3]) J. F. Christ. historia legis Scatiniae. Halle 1727.

[4]) Das Amt der Censoren wurde nach Abschaffung des Dezemvirats eingeführt, und wurde zum letzten Male im Jahre 70 vor Christi Geburt vollständig von den Censoren Cornel. Lentulus und L. Gellius ausgeübt. Die späteren Censoren machten von ihrer Gewalt keinen Gebrauch mehr, und obwohl die lex Caecilia (v. J. 52 v. Chr.) die durch das clodische Gesetz v. J. 58 v. Chr. beeinträchtigte, ja fast vernichtete Gewalt der Censoren wenigstens formell wieder hergestellt hatte, so war doch dieses Institut allmälig zur bloßen Form herabgesunken, und bestand zur Zeit der unter K. Justinian gesammelten Rechtsquellen nicht einmal mehr dem Namen nach. Die Strafmittel der Censoren (notae censoriae) waren z. B. die Eintragung der nota in die Bürgerliste, deren Führung den Censoren oblag, die Verweisung in eine niedrigere Tribus, Ausschließung aus dem Senate u. s. w. — Mit dem gänzlich veränderten Geiste des römischen Volkes, der allgemein gewordenen Sittenlosigkeit u. s. w. mußte das Institut der Censur nothwendig und von selbst untergehen. Siehe hierüber: K. E. Jarcke: Versuch einer Darstellung des censorischen Strafrechtes der Römer (Bonn 1824). Becker: Handbuch der römischen Alterthümer (Leipzig 1843) II. 207—231. Dr. Gu-

Außer des „stuprum, adulteriumve cum masculo“ erwähnt weder die eben gedachte lex Julia de adult., noch ein anderes römisches Gesetz sonst irgend einer Art der widernatürlichen Unzucht[5]).

Durch die vielfachen Beziehungen der Römer mit den germanischen Volksstämmen scheint die paederastia auch bei diesen Eingang gefunden zu haben, wie aus den hie und da vorkommenden Bestimmungen der Volksrechte zu ersehen ist. So wird z. B. in den leg. Wisigoth. III. 5. §. 5. den Richtern befohlen, die „masculorum concubitores castrare“.

Das canonische Recht hat bekanntlich auf die Entwickelung des fränkischen und deutschen Rechtes in mehrfacher Beziehung einen höchst bedeutenden, und zwar unverkennbar wohlthätigen Einfluß geübt[6]). Unter diesem Einflusse entstanden die Capitularien der fränkischen Könige. Hiernach ist es nicht zu wundern, wenn sich darin Bestimmungen über Sodomie vorfinden, die das canonische Recht deutlich als ihre Quelle erkennen lassen[7]).

Zunächst blieb durch Jahrhunderte die Beurtheilung der Fleischesvergehen der geistlichen Jurisdiction überlassen. Dieß dürfte auch

---

stav Geib in seinem nicht genug empfehlenswerthen Werke: Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, I. Band (1861), S. 30 ff., 75 ff., 122 ff. Leider blieb dieses Werk wegen des im Jahre 1864 erfolgten Ablebens des Autors unvollendet. Ueber dessen Leben und Wirken siehe in dieser Vierteljahresschrift (15. Bd. 1865) S. 5—8 der literarischen Anzeigen. Daselbst sagt Professor Dr. Wahlberg mit Recht, daß „ohne Geib“ ein tiefer gehendes Studium des deutschen Strafrechtes kaum gedacht werden könne. Der erste Band behandelt die Geschichte, der zweite (1864 erschienen) den allgemeinen Theil des Strafrechtes.

[5]) Siehe l. 8. Dig. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.); l. 31. Cod. ad leg. Jul. do adult. (9. 9.); §. 4. Inst. de publ. jud. (4. 18.); Nov. 77. cap. 1. und Nov. 141. n. gl. In l. 3. §. 4. Dig. ad leg. Jul. de vi publ. (48. 6.) heißt es: praeterea punitur hujus legis poena, qui puerum vel foeminam ... per vim stupraverit.

[6]) Siehe hierüber Geib Lehrb. I. S. 179 ff. Dr. Alb. Fr. Berner Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1857, §. 44 ff.; dessen: Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen, Berlin 1853, S. 174 ff. Ferd. Walter Deutsche Rechtsgeschichte, 2te Ausg., Bonn 1857 I. S. 174 ff., II S. 373. Dr. K. F. Roßhirt Geschichte und System des deutschen Strafrechtes, Stuttgart 1838 I. S. 171 ff. W. E. Wilda Das Strafrecht der Germanen, Halle 1842 I. S. 547. 579. 673. 982. u. A.

[7]) So handelt z. B. das capitularium Caroli Magni et Ludovici Pii im 7ten Buch, Titel 356 de his, qui irrationaliter versati sunt, sive versantur. Daselbst heißt es: „In qua sententia sensus triplex est; id est de his, qui cum pecoribus coitu mixti sunt, aut more pecorum cum consanguineis usque adfinitatis lineam incestum commiserunt, aut cum masculis concubuerunt.“ Siehe: Capitularia regum Francorum, herausgegeben von Stefan Baluzius (geb. 1630, gest. 1718), dritte Ausg., Paris 1780, I. Band, S. 1101.

der Grund sein, daß, abgesehen von den auf Gewalt beruhenden Unzuchtsverbrechen, sich nur sehr spärliche Bestimmungen über Sodomie in den Rechtsbüchern und Stadtrechten vorfinden. So suchten wir vergebens derartige Stellen im Sachsen- und Schwabenspiegel. Dagegen heißt es in den Rechtsbüchern Ruprecht's von Freisingen[8]) im zweiten Buche 49: „Ist das ein man oder ein fraw ainen zeicht, er sey ein viech vnrainer, — — so sol man in — (in so ferne es erwiesen wird) — legenn auf das viech, vnnd sy paide in und das viech verprennen". Offenbar ist unter dem Ausdrucke „viech vnrainer" nur jener gemeint, welcher sich in einen coïtus cum animali eingelassen hat.

Die für die Entwickelung des deutschen Strafrechtes so wichtigen Friedensgesetze, insbesondere — um nur einige der wichtigsten hervorzuheben — die constit. pacis Dei Henrici IV. ai 1085, — jene Friedrich's I. vom Jahre 1156[9]) und 1158, das Landfriedensgesetz Friedrich's II. vom Jahre 1235[10]), das ewige L. fr. Ges. Maximilian's I. vom Jahre 1495 übergehen die Sodomie. Trotzdem dürfte es kaum zweifelhaft sein, daß auch in jener Zeit ein Verbrechen nicht ungestraft geblieben ist, für dessen Todeswürdigkeit sich die assises de Jerusalem aussprachen[11]), die in so ferne von rechtshistorischer Bedeutung sind, als sie einen getreuen Spiegel des im 11ten und 12ten Jahrhunderte herrschenden Rechtsbewußtseins bilden.

Was die vielen deutschen Stadtrechte betrifft, die auf die Gestaltung der deutschen Rechts- und Staatsverhältnisse einen so überaus

---

[8]) Diese Rechtsbücher beruhen auf dem Schwabenspiegel und bestehen aus zwei Büchern, von welchen das erste das Rechtsbuch des Landes Freisingen enthält. Im Jahre 1436 wurde das Freisinger Stadtrecht von 1359 mit demselben als zweites Buch vereinigt. Diese Rechtsbücher — herausgegeben von G. B. v. Maurer, Stuttgart 1839 — bilden eine Grundlage des baierischen Landrechtes.

[9]) Dieses Reichsgesetz erfreute sich großer Berühmtheit; auch das Stadtrecht von Pisa vom Jahre 1161 beruft sich auf dasselbe.

[10]) Es ist auch unter dem Namen Mainzer-Recht, so wie als constitutio domini Alberti (K. Albert, dem es fälschlich zugeschrieben wurde) bekannt und in so ferne von großer Wichtigkeit, als sich alle nachfolgenden Friedensgesetze, wie jene Rudolf's I. von 1281 u. 1287, Albrecht's I. von 1301 und 1303 u. A. auf dasselbe stützen, so daß es gewissermaßen die Grundlage des fernern Reichsstrafrechtes bildete. Siehe hierüber: novae constitutiones domini Alberti von Dr. Hugo Boehlau, Weimar 1858, und Roßhirt Gesch. und Syst. I. S. 76 ff. und 81 ff.

[11]) Roßhirt Gesch. und Syst. I. S. 58; dann M. V. Foucher: Assises du royaume de Jerusalem. Rennes 1839—1841.

großen Einfluß ausgeübt hatten, so dürften sich auch in ihnen nur ausnahmsweise Bestimmungen über Sodomie vorfinden [12]).

Solche Bestimmungen fehlen gänzlich z. B. in dem Magdeburger Weichbildrechte, so weit sich dieses aus den verschiedenen bisher bekannt gewordenen Rechtsversendungen an andere Städte ergibt [13]);

---

[12]) Die Sodomie wurde im 14ten und 15ten Jahrh. häufig auch als „Ketzerei" und „Unchristliches" bezeichnet, z. B. in den Stadtrechten von Augsburg. So heißt es in dem Landbuche von Uri §. 32: „Ketzerei, es sei in Glaubenssachen, oder fleischlichen Sünden". Siehe hierüber: Anton Filipp v. Segesser, Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern, 1854, II. S. 648, und IV. 205. Eduard Osenbrüggen, Das alamanische Strafrecht im deutschen Mittelalter, Schaffhausen 1860, §. 123, S. 289 ff.

[13]) Bekanntlich lassen sich bei den deutschen Stadtrechten zwei große Hauptgruppen unterscheiden, und zwar die norddeutsche (hallisch-magdeburgische) und die süddeutsche (Cöln-Freiburg). Das Magdeburger-Recht — in den Quellen jus Maidburgense vel jus Teutonicorum etc. genannt — bildet den Kern der ersten Gruppe. Es beruht auf dem Privilegium des Erzbischofes Wichmann vom Jahre 1188, und wurde vielen anderen Städten mitgetheilt, so Goldberg im Jahre 1211 (?), Neumarkt 1235, Breslau 1261 und 1295, Görlitz 1304, Glatz u. a. Breslau selbst theilte wieder sein Recht anderen Städten mit, und wurde so ein berühmter Oberhof für viele andere Orte, insbesondere gilt dieß von Liegnitz (1302), Olmütz (1228), Ober-Glogau (1372), Teschen (1374), Troppau u. a. Das Magdeburger-Recht ist auch für die österreichische Rechtsgeschichte von großer Bedeutung; der größte Theil der Städte von österr. Schlesien, des nördlichen und östlichen Mährens und der nördlichen Hälfte Böhmens war mit Magdeburger-Recht bewidmet. So z. B. in Schlesien: Freudenthal seit 1213, Troppau, Teschen, Jägerndorf u. a. Für letzteres war Troppau Oberhof, desgleichen für die von dem berühmten Olmützer Bischofe Bruno (1245—1281) aus dem Hause Schaumburg (Sohn des Grafen Adolf III. von Holstein) gegründete Stadt Braunsberg (ai 1269. — Siehe Ant. Boczek: Codex diplomat. et epistolaris Moraviae Olomucii 1836 ff. IV. Urk. 28); in Mähren war Olmütz seit 1352 ein gewichtiger Oberhof für Mährisch-Neustadt (Uničov), das Magdeburger-Recht schon 1223 erhalten hatte, Littau (seit 1243), Prerau (1256), Gewitsch (1258), Weißkirchen (1292), Stramberg (1359), Schönberg (1391), Römerstadt und Proßnitz (1406), Sternberg (1408), Hohenstadt (1411), Leipnik (1448), Stadt Giebau (1559), Neu-Titschein (1562; es wurde selbst Oberhof für Stramberg), Meseritsch (1565), Braunseifen (1600), Freiberg (1617) u. a. — Auch Krakau hatte Magdeburger-Recht. Wilna wurde wieder mit Krakauer-Recht bewidmet. In Böhmen erhielt Leitmeritz in der ersten Hälfte des 13ten Jahrhunderts Magdeburger-Recht und wurde Oberhof für die Kleinseite Prag (die Altstadt Prag hat 1269 von Ottokar II. ein eigenes Stadtrecht erhalten), Raudnitz, Nimburg, Tetschen, Aussig, Kamnitz, Böhm.-Leipa, Brüx, Kommotau u. a. Glatz war wieder Oberhof für Königgrätz, Trautenau, Braunau u. a. Siehe hierüber: Dr. Ernst Theod. Gaupp, Das alte Magdeburgische und Hallische Recht, Breslau 1826, II. Theil; Dr. Ferd. Bischoff, Deutsches Recht in Olmütz (1855), und desselben Oesterreichische Stadtrechte und Privilegien, Wien 1857; Dr. Emil Rößler, Das Alt-Prager Stadtrecht (Prag 1845), desselben: Die Stadt-

in dem alten Bamberger Stadtrechte aus der Mitte des 14ten Jahrhundertes [14]), in den neuen Stadtrechten der Stadt Freiburg im Breisgau vom Jahre 1520 [15]), dem Stadtrechte der ehemals mährischen, jetzt preußischen Stadt Leobschitz v. 28. August 1270 [16]), der Reformation der Stadt Worms [17]) und der Stadt Nürnberg [18]), der Vaterstadt des nachher als Schöpfer der bambergischen Halsgerichtsordnung (sogen. Bambergensis) vom Jahre 1507 [19]), und der brandenburgischen Halsgerichtsordnung (sogen. Brandenburgica) vom Jahre 1516, so wie als einflußreichstes Mitglied des (mit Reichsabschied vom Jahre 1500 eingeführten) Reichsregimentes so be-

---

rechte von Brünn (Prag 1852) und dessen: Ueber Bedeutung und Behandlung der Geschichte des Rechtes in Oesterreich (Prag 1847), Christ. d'Elvert in Wagner's Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, Jahrgang 1829, I. Bd., S. 59—82; mehrere Urkunden in Boczek cod. dipl., so z. B. II 60. 145. 189. 196. 222. — III. 19. 114. 205. IV. 16. 28. 157. 158. 169. 219. 372. 384. 392. — V. 245. u. a.

[14]) Siehe: Dr. Heinrich Zöpfl, Das alte Bamberger-Recht u. s. w. Heidelberg 1839.

[15]) Das vom Herzog Conrad der Stadt Freiburg im Jahre 1120 verliehene Stadtrecht ist wegen seiner mannigfachen Beziehungen zu dem Stadtrechte von Cöln und seiner Uebertragung auf viele andere zähringische und alamanische Städte vorzugsweise für Süddeutschland und die Schweiz von großer Wichtigkeit; es wurde z. B. Mutterrecht von Bern (1218) Freiburg im Uechtlande (1249), Diessenhofen (1260) u. a. — Die Reformation Freiburgs ist ein Werk des großen Zasius und wurde von den Brüdern Carl V. und Ferdinand am 2. Juni 1520 confirmirt. Sie zerfällt in fünf Tractate, jeder Tractat wieder in Titeln. Der fünfte Tractat behandelt Strafrecht. Ausgabe von Adam Petri in Freiburg.

[16]) Leobschitzer-Recht — mitgetheilt in Boček cod. dipl. IV. 43 — befolgten vor ihrer Bewidmung mit Magdeburger-Recht z. B. auch die Städte: Weißkirchen, Neutitschein, Freiberg u. a. Städte Mährens.

[17]) Ausgabe auf Veranlassung des Rathes Worms im Jahre 1542. Druck bei Gregor Hoffmann in Worms. Das letzte (6te) Buch handelt von Straffachen.

[18]) Sie zerfällt in 35 Titeln, diese wieder in Gesetze (Wiener Hofbibliothek XXXIII. J. 21). Das ältere Nürnberger Stadtrecht — das einzusehen wir leider verhindert waren — soll nach Roßhirt a. a. O. I. S. 147 ausdrücklich die Sodomie als kapitalstrafwürdig erklären. Roßhirt, Geib (Lehrb. I. S. 265) u. A. adoptirten die schon von Malblank (Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Carl V. Nürnberg 1783) ausgesprochene Ansicht, daß das Nürnberger Stadtrecht eine Hauptquelle der Bambergensis sei. Diese Anschauung wird bekämpft von Zöpfl: Das alte Bamberger-Recht, S. 144.

[19]) Wenn Dr. A. Weeber in dieser Vierteljahresschrift (1860, 5ter Band) in seinem Aufsatze: Ueber den Versuch von Verbrechen, in Anm. 1 S. 154 die Halsgerichtsordnung des Bisthums Bamberg irrig als vom Jahre 1510 herrührend bezeichnet, so dürfte dieser Irrthum darin seine Aufklärung finden, daß auch im Jahre 1510 eine Ausgabe der Bambergensis erschienen ist, die in den Commentaren Ludovici's, Clauserius und Böhmer zur Constit. Crimin Carolina [kurzweg auch Carolina genannt, abgekürzt C. C. C. oder P. H. O., d. i. peinliche Halsgerichtsordnung] abgedruckt worden ist.

rühmt gewordenen Johann aus dem freiherrlichen, jetzt fürstlichen Hause von Schwarzenberg (geb. 24. Decemb. 1463, gest. 20. Octob. 1528)[20].

Dasselbe gilt von der „Ordnung, die ein Ersamer Rath der Statt Ulm in abstellung hergebrachter etlicher Mißpreuch in jrer Stat — — im J. 1531 — — fürgenommen hat — zur Abwendung aller sündtlichen, widerchristlichen Laster" und von den Reichspolizeiordnungen, die allerdings den leichtfertigen Beiwohnungen vorzubeugen suchen, aber keinerlei Bestimmung über Sodomie enthalten[21].

Eben so enthält die Tyroler Malefizordnung Maxmilian's I. vom Jahre 1499 — bekanntlich das älteste österreichische und deutsche Strafgesetz[22] — und die damit fast wörtlich gleichlautende Malefizordnung von Ratolphzell vom Jahre 1506[23] keine Bestimmung über Sodomie.

Die peinliche Gerichtsordnung Carl's V. vom J. 1532 (Carolina) enthält hierüber im art. 116 — conform mit dem art. 141 der bamberg. und brandenburgischen H. G. O. und mit den art. 122 der beiden Projecte v. J. 1521 und 1529 Nachstehendes[24]:

---

[20]) Ueber Johann v. Schwarzenberg siehe: E. Hermann, Johann Freiherr zu Schwarzenberg, Leipzig 1841. Geib Lehrb. I. S. 254 ff. Berner Lehrbuch S. 58 ff. u. A.

[21]) So die R. P. O. vom Jahre 1500, vom 19. Novmb. 1530, vom 30. Juni 1548, vom Jahre 1577 (26ster Titel).

[22]) Denn die in den deutschen Stadt- und Landrechten enthaltenen strafrechtlichen Bestimmungen sind bloße Fragmente eines peinlichen Gesetzes. Diese Malefizordnung (Tyroliensis) ist wörtlich abgedruckt im fünften Bande der Beiträge zur Geschichte, Statistik u. s. w. von Tirol und Vorarlberg (1829) S. 131 ff. auf Veranlassung des um die vaterländische Rechtsgeschichte hochverdienten, am 30. Juli 1865 als jubil. Gubernialrath verstorbenen Dr. Josef Rapp. — Dr. H. Zöpfl hat in: Das alte Bamberger-Recht S. 159 ff. nachgewiesen, daß der Tyroliensis die Ehre gesichert sei, eine Quelle der Bambergensis und damit auch der C. C. C. zu sein. Dieser Anschauung ist außer Rapp a. a. O. auch Dr. Ant. Hye in: Beiträge zur österreichischen Rechtsgeschichte in Wagner's Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit 1844, I. Band, S. 352 ff. Dr. W. E. Wahlberg in dieser Vierteljahresschrift 1859 (IV. Band) in seinem Aufsatze: Die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen. Gegen diese Ansicht ereifert sich insbesondere Roßhirt Gesch. und Syst. I. S. 199 ff. 221. 236. 242; dessen Anschauung schließt sich an: Dr. Carl Georg Wächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechtes. Stuttgart 1825. I. §. 7.

[23]) Mitgetheilt in Walchner: Geschichte der Stadt Ratolphzell. Freiburg 1825.

[24]) Die vielen Klagen des Reichskammergerichtes über die bisherigen Mißbräuche und Uebelstände führten zur Erkenntniß der Nothwendigkeit der Abfassung eines Reichsstrafgesetzes auf den Reichstagen zu Freiburg v. Jahre 1498 und Augsburg v. Jahre 1500, jedoch ohne Erfolg. Nach Carl's V. Thronbesteigung (28. Juni 1519) wurde die Sache von Neuem in Anregung

„Item so eyn mensch mit eynem vihe, mann mit mann, weib mit weib, vnkeusch treiben, die haben auch das leben verwürckt, vnd man soll sie der gemeynen gewonheyt nach mit dem fewer vom leben zum todt richten“ [25]).

Wiewohl hiernach die C. C. C. dieſes Verbrechen blos auf die sod. rat. generis und sexus beſchränkt, ſo haben doch unter dem ſichtlichen Einfluße des canoniſchen Rechtes beinahe alle Criminaliſten der damaligen Zeit dasſelbe auch auf den concub. praepost., das crimen onaniticum oder die masturpatio und die libido in cadavere

---

gebracht, und am Reichstage zu Worms v. Jahre 1521 ein mit der Bambergenſis faſt wörtlich gleichlautendes Project ausgearbeitet, ohne daß dieſes jedoch — wie es bei Weeber, Vierteljahresſchrift 1860, 5. Bd., S. 154 irrthümlich heißt — als Geſetz publicirt worden wäre; im Gegentheile wurde durch Reichsabſchied v. 26. Mai 1521 dem Statthalter und den Räthen befohlen, „dass sie die peinlich Gerichtsordnung, wie die hie mit rath der Stend in ein form und begriff gestelt, fürhanden nemen, weiter nach notturfft ermessen vnd fürther an vnser (d. i. Königs) statt, dem Rechten vnd billichkeit gemess im heiligen Reich aufrichten“. In Folge dieſer Weiſung wurde dieſes Project v. Jahre 1521 vom Reichsregimente überarbeitet, neuerlich den Reichstagen zu Nürnberg und Speyer vom Jahre 1524 und 1526, jedoch gleichfalls ohne Erfolg vorgelegt; ſelbſt das wiederholt überarbeitete, dem Reichstage von Speyer vom Jahre 1529 abermals vorgelegte Project erhielt noch keine Geſetzeskraft, ſondern wurde mit R. A. von 1529 unter Bezugnahme auf den R. A. von 1521 wegen Wichtigkeit des Gegenſtandes, und „weil es ein ewige bestendige Constitution vnd Satzung sein sol, vnd darumb damit nicht zu eylen, sonder mit guter vorbetrachtung, genügsamer erfahrung — — fürzunemen seindt“ — verordnet, „dass ein jeder Standt desselben begriffs Abschrifft nemen, die der notturft besichtigen vnd ermessen solle“, zu welchem Behufe das Zuſammentreten einer Commiſſion zur Berathung dieſes Projectes in Speyer angeordnet worden iſt. Nach nochmaliger Prüfung und Vorlegung desſelben an den Reichstag zu Augsburg vom Jahre 1530 und (wegen mangelhafter Beſchickung der Commiſſion zu Speyer) abermaliger Rückſtellung an die Commiſſion mit R. A. v. 19. Nov. 1530 wurde es endlich auf dem Reichstage zu Regensburg vom Jahre 1532 mit R. A. vom 27. Juli 1532 „Gott dem Allmechtigen zu ehr vnd lob auch zu förderung gemeines nutzes“ als Reichsgeſetz publicirt, jedoch unter ausdrücklicher Wahrung des Rechtes der Churfürſten, Fürſten und Stände, „an jren alten wolhergebrachten rechtmessigen vnd billichen gebreuchen“ feſtzuhalten. Dieſe ſogenannte ſalvatoriſche Clauſel gab den Anſtoß zu dem immer weiter um ſich greifenden Particularismus. — Trotz der vielfachen Umarbeitungen des urſprünglichen Entwurfes ſchließt ſich die Carolina faſt vollſtändig an die Bambergenſis an, ſo daß dieſer mit Recht der Beiname: mater Carolinae zukommt. Siehe: Die Sammlung der deutſchen Reichsabſchiede (Ausgabe des Franz Behem in Meynz vom Jahre 1566) fol. 141. 198. 215. 247. Malblank, Geſchichte der p. G. O. Carl's V. und Geib Lehrbuch I. S. 260 ff.

[25]) Siehe Dr. Heinr. Zöpfl, Die peinliche Gerichtsordnung Carl's V. nebſt der Bamberger und der Brandenburger H. G. O. und den Projecten v. d. Jahren 1521 und 1529. Heidelberg 1842, S. 46. 161 und 236.

exstincta ausgedehnt; nur sollte in diesen Fällen, mit Ausschluß des concub. praepost., die Strafe eine blos arbiträre sein.

Dieser Ansicht war zunächst Benedict Carpzov (geb. 1595, gest. 1666), der einflußreichste Criminalist seiner Zeit, „das erste Licht im chaotischen Dunkel jener Zeit" (wie ihn Roßhirt a. a. O. III. S. 3 nennt), in seinem berühmten Werke: Practica rerum criminal. (1638), qu. 76. nr. 9. sqq.[26]). Von derselben Anschauung sind übrigens schon vorher ausgegangen die beiden holländischen Rechtsgelehrten: Jodoc. Damhouder (gest. 1581) in seiner: Praxis rerum criminal. c. 96. n. 4—6, und Anton Matthaeus (gest. 1654): De crimin. (1644) XLVIII. 3—6. pr. 8,

Wenn man weiß, daß Carpzov's Autorität während des 17ten und theilweise auch 18ten Jahrhundertes eben so unangetastet blieb, wie jene Anselm's v. Feuerbach (geb. 14. Novbr. 1775, gest. 29. Mai 1833) im ersten Viertel des 19ten Jahrhunderts, so wird man es begreiflich finden, daß seine Ansichten sich auch bei dessen Nachfolgern vertreten finden, so z. B. bei Joh. Sam. F. Böhmer ad Carpzov: qu. 76. cap. XXV. bei dem älteren, und dem jüngeren Meister (Dr. Georg Jac. Fr. Meister: Principia jur. crim. German. com. [edit. 2.] Göttingen 1792, Pars II. lib. 1. cap. XXV.). J. Chr. Koch: Institutiones jur. crim. (1758) §. 342 sqq. J. Ch. v. Quistorp: Grundsätze des deutschen peinlichen Rechtes, 1770, §. 497, u. A.

Als seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhundertes durch Marchese Cesare Beccaria (geb. 1735, gest. 1793): dei delitti e delle pene (Neapel 1764)[27]); Gaëtano Filangieri (geb. 18. Aug. 1752, gest. 21. Juli 1788): la scienza della legislazione (Neapel 1780), Carmignani u. A. von Italien aus, durch Charles de Montesquieu (geb. 18. Jänner 1689, gest. 10. Febr. 1755): Esprit des loix (1748), François Voltaire (geb. 20. Febr. 1694, gest. 30. Mai 1778): Essai sur les moeurs (1753) u. A. von Frankreich aus, und durch Carl Ferdinand Hommel (geb. 1722, gest. 1781): dissertatio extem-

---

[26]) Wenn auch Math. Berlich (Conclusiones practicabiles secundum ordinem constitutionum etc. Lipsiae 1614—1618) der erste Begründer einer eigentlich wissenschaftlichen Behandlung des Strafrechtes mit ausschließlicher Beziehung auf Sachsen war, so ist doch Carpzov — obwohl im Einzelnen vielfach nur ein Nachschreiber Berlich's — der „Vater einer wirklich deutschen" gegenüber einer blos sächsischen Strafrechtswissenschaft. Siehe hierüber Geib Lehrb. I. S. 293 ff.

[27]) Beccaria's Werk wurde in viele Sprachen übersetzt; in das Deutsche unter Anderen von Prof. Dr. Julius Glaser. Wien 1851.

poranea praescripti argumenti etc. in Deutſchland ſelbſt in der bisherigen Auffaſſung von Religion, Staat und Filoſofie eine gänzliche Aenderung eingetreten war, Recht, Moral und Religion ſtrenge von einander geſchieden worden ſind, da fing man an, eine Reihe bisher als Verbrechen betrachteter Handlungen aus dem Gebiete derſelben in jenes der blos unmoraliſchen Handlungen, oder der ſogen. Polizeiübertretungen zu übertragen; insbeſondere war dieß der Fall bei der Sodomie [28]).

Dagegen zeigt ſich in der neueren Legislation wieder eine auf ſtrengere Auffaſſung hindeutende Erweiterung des Begriffes der widernatürlichen Unzucht, wie ſich dieß aus dem ferneren Verlaufe dieſer Abhandlung ergeben wird.

Anlangend die öſterreichiſchen Länder wurde bereits hervorgehoben, daß ſich in der Tyroliensis keine Stelle über Sodomie vorfindet; dasſelbe gilt von dem öſterr. Landrechte v. J. 1246 (revidirt 1280) [29]), der Landesordnung des Erzbiſchofs Friedrich's III. v. Salzburg v. 29. Septbr. 1328 [30]) u. A.

Hiernach gewinnt es den Anſchein, daß unter dem Einfluße der Bambergenſis die nied.-öſterreichiſche Landtgerichtsordnung Maximilian's I. ddo. Gmunden 21. Auguſt 1514 [31]) das erſte öſterreichiſche Geſetz war, welches Beſtimmungen über Sodomie aufgenommen hat; denn auch die öſterreichiſchen Stadtrechte dürften kaum etwas hierauf Bezügliches enthalten. Wie wir uns durch Autopſie überzeugt haben, fehlen Beſtimmungen über widernatürliche Unzucht in den babenbergiſchen Stadtrechten [32]), u. z. jenen Wiens v. 18. October 1221, und 1. Juli 1244, Enns v. 22. April 1212, Wr.-Neuſtadt (zwiſchen 1221—1230), Hainburg vom 1. Juli 1244; in den dem Wiener Stadtrechte [33]) nachgebildeten Rechtsſtatute

---

[28]) So: Carmignani, teoria delle leggi della sicurezza, l. 3. p. 3. cap. 5. Montesquieu Esprit 12. liv. 6. cp. Filangieri u. A. Hanns Ernſt v. Globig und Joh. G. Huſter in ihrer preisgekrönten Abhandlung von der Criminalgeſetzgebung. Zürich 1783, S. 245 ff. u. A.

[29]) Mitgetheilt im Archiv für Kunde öſterr. Geſchichtsquellen (Academieſchrift), X. Band, S. 148—159.

[30]) Mitgetheilt im Anhange von Rößler's Behandlung und Bedeutung der Geſch. des Rechtes in Oeſterreich.

[31]) Wörtlich abgedruckt in Hye's Beiträgen in Wagner's Zeitſchrift a. a. O.

[32]) Mitgetheilt im Archiv für Kunde öſterreichiſcher Geſchichtsquellen, X. Band, S. 87—148.

[33]) Die Wiener Stadtrechte ſtehen am nächſten den flandriſchen Stadtrechten — ſowohl betreffs der Form, als betreffs ihres Inhaltes, ſo den Stadt-

Brünns v. König Wenzel v. J. 1243 [34]), dem Stadtrechte Iglaus vom König Wenzel v. c. 1249 [35]); dem Stadtrechte von Eger v. 13. Juni 1279 [36]), jenem Ottokar's II. v. J. 1269 für Altprag [37]), dem Altprager St. R. aus dem 14. Jahrh. [38]), den böhm. mähr. Stadtrechten [39]), dem St. R. von Steyer v. 21. Aug. 1287 [40]), Klosterneuburg v. 5. Februar 1298 [41]), Klagenfurt v. 19. Septbr.

---

rechten von Gent von 1192, Arras von 1211, Poperingen von 1147 u. a. —, welche Erscheinung durch die Lage Wiens an der Hauptverkehrslinie von Westen nach Osten und die vielen Niederlassungen der „Flandrenses" in Wien sich erklärt.

[34]) Abgedruckt in Božczek cod. dipl. III. S. 12 und in Rößler: Die Stadtrechte von Brünn. — Brünn wurde Oberhof vieler mährischen Städte; so gestattete z. B. die Aebtissin Bertha und der Convent des Königin-Klosters zu Alt-Brünn der Stadt Auspitz im J. 1383 den Gebrauch des Brünner St. R. — Brünner-Recht hatten auch: Austerlitz, Bittesch, Boskowitz, Budwitz, Eibenschitz, Gaya, Hradisch (1258), Hullein, Kremsier (1290), Kromau, Kostl, Nikolsburg, Raußnitz, Saar, Wischau, Skalitz (Ungarn) u. a., wie die vielen Rechtsbelehrungen an diese Städte im Brünner Schöffenbruche darthun (Rößler a. a. O.).

[35]) Siehe Dr. J. A. Tomaschek, Deutsches Recht in Oesterreich im 13. Jahrhundert auf Grundlage des Stadtrechtes von Iglau. Wien 1859. Eine wichtige Fortbildung des Iglauer-Rechtes bildet das von den Brüdern Heinrich, Zmilo, Ulrich und Raimund von Lichtenburg der Stadt Deutschbrod im Jahre 1278 verliehene Stadtrecht. — Das Iglauer Stadtrecht — insbesondere aber das Bergrecht, welches als das erste deutsche Bergrecht gilt, und auch jenem von Schemnitz zum Muster gedient hat (Troppau befolgte gleichfalls Iglauer Bergrecht) — erfreute sich eines großen Ansehens und kam in vielen Städten des östlichen und südlichen Böhmens zur gesetzlichen Geltung, so in Kollin (1311), Czaslau, Chrudim, Schüttenhofen u. a. — Aus dem Mitgetheilten ergibt sich, daß, abgesehen von dem Leobschitzer-Rechte, welches, wie schon erwähnt, mehreren mährischen Städten verliehen worden ist, so z. B. 1276 vom Abte Budisch von Kl.-Hradisch der Stadt Weißkirchen (Alba ecclesia), und abgesehen von dem dem Brünner-Rechte gleichkommenden Lundenburger-Rechte, welches im Jahre 1237 Ulrich, Sohn Bernhard's VI. von Kärnthen, als Fürst von Lundenburg seinem Fürstenthume verliehen hat (Bisenz erhielt Lundenburger-Recht), sich rücksichtlich der mährischen Stadtrechte drei Hauptgruppen unterscheiden lassen: Olmütz, Brünn, Iglau, zu welchen sich als vierte Gruppe das St. R. von Znaim vom 29. Nov. 1314 hinzugesellt (Jamnitz [1327] und Trebitsch [1338] wurden mit Znaimer-Recht bewidmet).

[36]) In Grüner's Beiträgen zur Geschichte der königlichen Stadt Eger-Prag 1843. Carl IV. verlieh Eger im J. 1342 alle Rechte seiner Städte, insbesondere jene Brünns.

[37]) Wörtlich abgedruckt im Anhange von Rößler's Beh. und Bed. der Gesch. des Rechtes in Oesterreich.

[38]) Mitgetheilt von Rößler, Das Alt-Prager St. R. aus dem 14ten Jahrhundert.

[39]) Ausgabe derselben von Jgn. Rungger in Wien, 1720.

[40]) Enthalten in der Beschreibung und Geschichte der Stadt Steyer v. Franz X. Pritz (Linz 1837) im dritten Abschn. S. 101—134.

[41]) Verlautbart von Max Fischer: Merkwürdige Schicksale des Stiftes und der Stadt Klosterneuburg (Wien 1815). 2. Bd. S. 503 ff.

1338 und Sct. Veit in Kärnthen v. 5. April 1308 [42]), dem St. R. Innsbrucks v. Herzog Otto II. v. Meran v. 9. Juni 1239 [43]), Judenburg von 1277, dem Trienter Statute v. 1527 [44]) u. a. Es scheinen eben wie im übrigen Deutschland auch in den österreichischen Erbländern die Fleischesvergehen der geistlichen Jurisdiction überwiesen gewesen zu sein [45]).

Die vorcitirte n. öst. L. G. O. v. 1514 bestimmt im §. 41, daß auch jener landgerichtlich zu behandeln sei, „wer wider die natur — als mit ainem Viech — oder mit ainem Manspild vnkeuscht". Damit beinahe wörtlich übereinstimmend lautet die betreffende Stelle in der L. G. O. „deß löbl. hörtzogthumbs Crain Vnd der Angereihten Herrschafften: Windischen March, Möttling, Ysterrich und Karst" von Ferdinand I. ddo. Wien 18. Febr. 1535 [46]) und in der L. G. O. für Ober-Oesterreich v. Ferdinand I. ddo. Wien 1. Oct. 1559 [47]).

Der Begriff der Sodomie ist im Vergleich zur C. C. C. in diesen drei L. G. O. insofern enger, als die Unzucht zwischen Weib und Weib [48]) ausgeschieden worden ist; dagegen bleibt es wegen des allgemeinen Ausdruckes „wer", worunter Personen beiderlei Geschlechtes verstanden werden können, zweifelhaft, ob nicht auch der concub. praepost. dieser gesetzlichen Bestimmung unterliege.

---

[42]) Beide Stadtrechte mitgetheilt von Gottlieb Freiherrn v. Ankershofen in Josef Chmel's Oesterreichischer Geschichtsforscher. Wien 1838. I. Band. S. 206—216.

[43]) Abgedruckt in Josef Freiherrn v. Hormayr's (gest. 1835) kritisch-diplomatischen Beiträgen zur Geschichte Tirols. Wien 1804. II. Bd. S. 279—282. Es wurde 1303 auch der Stadt Hall verliehen.

[44]) Dieses Statut wurde vom Cardinalbischofe Bernard von Clés bestätiget. Siehe hierüber: Beiträge zur Geschichte u. s. w. von Tirol und Vorarlberg. 5. Bd. S. 1—64.

[45]) Siehe: Dr. Josef v. Würth, Das Stadtrecht von Wr.-Neustadt. Wien 1846, S. 40; dann Roßhirt, Gesch. und Syst. III. S. 2.

[46]) Ausgabe von Johann G. Mayer in Laibach 1707, S. 5 (k. k. Hofbibliothek).

[47]) Ausgabe von Michael Zimmermann in Wien, fol. 23, Abs. 6 (k. k. Hofbibliothek).

[48]) Streitig ist, was die Carolina im Art. 116 unter dem Passus: „Weib mit Weib" verstanden haben wollte. Einige, wie Eduard Henke in seinem Handbuche des Criminalrechts und der Criminalpolitik (Breslau und Stettin 1823 und 1826) im II. Thl. S. 155 und Note 8 zu §. 114 S. 160, legen auf denselben gar kein Gewicht und meinen, daß dieser Passus seine Entstehung mißverstandenen kirchenrechtlichen Stellen verdanke — welche Ansicht allerdings viel für sich zu haben scheint —. Andere beziehen diese Worte auf den concub. mit einem Hermaphrodit. Andere wieder, wie Böhmer, dem die Meisten folgen, auf den concub. foeminarum interveniente membro artificiali, die sogenannten τριβάδες, fricatrices, lesbische Liebe. Siehe hierüber Wächter Lehrb. II. S. 575 ff.

Wenn man erwägt, daß die Carolina auch in den österreichischen Ländern, insbesondere in der Steiermark, Giltigkeit erlangt hatte [49]), so ist es nicht zu wundern, daß das erste steirische Landes-Strafgesetz, die „new verfaßte Reformation des Landts- vnd Hofrechts für das Fürstenthumb Steyr" v. Carl II. v. 24. Decbr. 1574 [50]), sowie in manchen anderen Stellen auch rücksichtlich der Sodomie, im art. 81 des I. Theils, den art. 116 der Carolina fast wörtlich aufgenommen hat. Damit stimmt auch im wesentlichen überein der Art. 73 der peinl. L. G. O. Ferdinand III. für Nied. Oesterreich v. 30. Decbr. 1656, welcher lautet: „Wer wider die Natur Vnkeuschheit treibt, als Mann mit Mann, Weib mit Weib, oder aber ein Mensch mit einem vnvernünfftigen vieh, der falt in die landgerichtliche hernach gesetzte Straff" [51]). Damit conform ist auch art. 15 des III. Theils der oberösterr. L. G. O. Leopold's I. ddo. Wien 14. Aug. 1675.

Dem Einfluße der bereits erwähnten erweiternden Interpretation des art. 116 der Carolina durch die Rechtsgelehrten ist es wohl zuzuschreiben, wenn die peinliche Halsgerichtsordnung Josef's I. für „das Königreich Böheim, und die dahin incorporirten Länder: Marggrafthumb Mähren und Hertzogthumb Schlesien" vom 16. Juli 1707 im art. 19 §. 19 die sodomitische Sünde als eine unzuläßige und wider die Natur strebende mit dem Feuertode zu bestrafende Wollust schildert, und dieselbe nicht auf Unzucht zwischen Mann und Mann, Weib und Weib, beschränkt, sondern auch auf den Fall ausdehnt, wenn

[49]) Dieß weist schon unter Anführung hierauf bezugnehmender Gesetzesstellen nach Dr. Joh. Vollmayer in seinem: Versuch einer Geschichte der österreichischen Strafgesetzgebung, Wien 1804, §. 45, und wird betreffs Steyermark insbesondere behauptet von Joh. Christ. Gräff: Versuch einer Geschichte der Criminalgesetzgebung in der Steiermark. Grätz 1817. §§. 36. 37.

[50]) Die L. G. O. für Kärnthen Carl's II. von 1577 einzusehen, waren wir leider nicht in der Lage.

[51]) Wenn Prof. Dr. Ed. Herbst in seinem: Handbuch des allgemeinen österr. Strafrechtes, Wien 1855, S. 5 (in der Anmerkung) meint, daß die Caroliua rücksichtlich der österreichischen L. G. O. nur sehr uneigentlich als Subsidiarquelle angesehen werden könne, und daß die Theresiana im K. M. Pat. hinsichtlich der Bezugnahme auf die Carolinischen u. s. w. H. G. O. nicht die C. C. C., sondern die beiden L. G. O. Carl's II. für Steiermark und Kärnthen im Auge gehabt habe, so dürfte dieser Ansicht der art. II. §. 3 S. 5 von Josef's I. peinl. H. G. O. für Böhmen ꝛc. vom J. 1707 entgegenstehen, der ausdrücklich von der Carolina als einem Subsidiargesetze spricht. Die beiden vorgedachten L. G. O. Carl's II. scheinen, so wie die Tyroliensis, unter dem weiteren Passus im K. M. Pat. der Theresiana „und einigen Orten nach ihren alten Landesgesetzen" inbegriffen zu sein.

„Weib mit Mann wider die Natur etwas fleiſchliches verübete".

Dieſe bereits hier zu Tage tretende Annäherung an die canoniſchen Anſichten erreicht ihren Culminationspunkt in der constit. crim. Theresiana vom 31. Decbr. 1768.

Abgeſehen davon, daß dieſes Geſetz — ähnlich der C. C. C. — im II. Theile art. 74 die Unzucht wider die Natur allen Verbrechen gegen die Sittlichkeit an die Spitze ſtellt, und nach dieſer erſt in den folgenden Artikeln die Blutſchande, Nothzucht u. ſ. w. behandelt (im Gegenſatze zu den Syſtemen der neueren Geſetze, die bei Behandlung der Verbrechen gegen die Sittlichkeit meiſt mit der Nothzucht beginnen und die Sodomie erſt gegen Schluß, wohl auch nur anhangweiſe aufführen), gibt dasſelbe dem Begriffe der Sodomie durch die Aufnahme der Leichenſchändung und ſelbſt der allein verübten Onanie eine nach unſerer Anſicht zu weite Ausdehnung.

Der §. 1 des art. 74 lautet:

„Das abſcheulichſte Laſter der Unkeuſchheit wider die Natur oder ſodomitiſche Sünd wird verübt:

erſtlich: wenn von einem Menſchen mit dem Viehe oder todten Körpern, andertens: wenn zwiſchen Perſonen einerlei Geſchlechtes, alſo Mann mit Mann, Weib mit Weib, oder auch Weib mit Mann wider die Ordnung der Natur Unzucht getrieben wird, wozu drittens gewiſſermaßen auch die von Jemanden allein begehenden widernatürlichen Unkeuſchheiten zu rechnen ſind."

Erklärt die Thereſiana im Abſatze 3 ſchon die allein verübte Onanie als ſtrafbar, ſo unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß ſie die gemeinſchaftlich zwiſchen Perſonen desſelben oder verſchiedenen Geſchlechtes begangene Onanie nicht ſtraflos laſſen wollte; vielmehr waren derartige Handlungen unter den Abſatz 2 zu ſubſummiren.

Das der const. crim. theres. nachfolgende St. G. Joſef's II. vom 13. Jänner 1787 hat durch Ausſcheidung der Leichenſchändung und des concub. praepost., ſowie dadurch den Begriff der Sodomie wieder eingeſchränkt, daß es den 3. Abſatz des art. 74 §. 1 weggelaſſen hat; hiedurch hat das Joſefiniſche St. G. ohne Frage die allein verübte Selbſtſchändung aus der Claſſe der Verbrechen ausgeſchieden. Inſoferne dasſelbe im 2. Theil §. 71 denjenigen der widernatürlichen Unzucht für ſchuldig hält, welcher die Menſchheit in dem Grade herabwürdigt, daß er ſich „mit einem Viehe oder mit ſeinem eigenen Geſchlechte fleiſchlich vergeht", hat es die Onanie auch dann

als straflos erklärt, wenn sie zwischen Personen verschiedenen Geschlechtes verübt wird.

Diesem Gesetze schließt sich in der ganzen Ausdrucksweise mit Ausschluß des weggelassenen Wortes: „fleischlich" das westgalizische St. G. v. 17. Juni 1796 I. Thl. §. 98 an.

Hiernach ist das Josef. St. G. zu dem Standpunkte der C. C. C. zurückgekehrt, sich von dieser nur dadurch unterscheidend, daß es die für überflüßig erachtete Specialisirung: Mann mit Mann, Weib mit Weib — nicht mehr aufgenommen hat.

Das Strafgesetz v. 3. September 1803 hat im I. Th. §. 113 ganz allgemein „die Unzucht wider die Natur" als Verbrechen erklärt, und deren Begriff als bekannt voraussetzend, sich in eine Specificirung oder Erklärung desselben nicht eingelassen. Diese allgemeine Textirung hatte zur Folge, daß häufige Anfragen ergingen, ob auch die Selbstbefleckung überhaupt, oder insbesondere dann hieher gehöre, wenn sie in Gegenwart mehrerer Menschen öffentlich oder gemeinschaftlich betrieben wird [52]).

Diese Anfragen beantwortete das Hofdecret vom 14. Aug. 1824. Nr. 2035 Just. Ges. Samml. durch die Hinweisung auf die dem §. 113 des St. G. v. 1803 zu Grunde liegende Textirung des §. 71 des Josefin. St. G. v. 1787.

Wenn auch nicht bestritten werden kann, daß das letztgedachte Gesetz mit vollem Rechte die allein verübte Onanie fernerhin als Verbrechen nicht mehr behandelt wissen wollte, so dürfte es immerhin noch zweifelhaft bleiben, ob das Gesetz beabsichtiget habe, die Onanie auch dann aus der Reihe der Verbrechen auszuscheiden, wenn sie nicht allein, sondern öffentlich oder in Gemeinschaft Anderer verübt wird.

Daß die öffentlich begangene Onanie in allen Fällen, — mit oder ohne Gemeinschaft Anderer — ebenso, wenn nicht in höherem Grade strafbar erscheint, als andere Verletzungen der öffentlichen Schamhaftigkeit, bedarf wohl keiner näheren Auseinandersetzung; eine solche Handlungsweise verfällt schon jener allgemeinen Bestimmung der meisten Gesetze, wodurch alle Verletzungen öffentlicher Schamhaftigkeit mit Strafe bedroht werden. Wir sehen daher von diesen Fällen ganz ab,

---

[52]) Der hochverdiente Dr. Seb. Jenull zählt gleichfalls wegen der Allgemeinheit des Ausdruckes „Unzucht" ausdrücklich „die Selbstschändung" hieher. Siehe dessen: Das österreichische Criminalrecht nach seinen Gründen und seinen Geist. Gräz 1809. II. Thl. S. 193.

und beschränken uns vorerst auf jene, die nicht öffentlich, aber doch auch nicht allein, sondern gemeinschaftlich mit anderen Personen verübt werden.

In dieser Beziehung ist nicht zu bezweifeln, daß wegen der im Josefinischen Gesetze erfolgten Beschränkung der Sodomie auf Handlungen zwischen Personen desselben Geschlechtes onanieartige, wie andere Unzuchtsacte, wenn sie zwischen Personen verschiedenen Geschlechtes vorfallen, nach diesem Gesetze nicht geahndet werden dürfen, obwohl nach unserer Meinung kaum ein triftiger Grund vorhanden sein mag, der es rechtfertigen könnte, dieser Art Unzuchtsfälle durch Strafloſigkeit ein Privilegium zu ertheilen.

Anders ist es aber, wenn solche Vorfälle sich ereignen zwischen Personen desselben Geschlechtes; denn daß auch onanieartige Acte unzüchtige sind, wird wohl Jedermann ebenso zugeben müssen, wie den Umstand, daß sie keine naturgemäße Befriedigung des Geschlechtstriebes enthalten, und somit naturwidrig sind; nachdem aber das Gesetz die zwischen Personen desselben Geschlechtes vorkommenden naturwidrigen Unzuchtsacte nicht auf eine bestimmte Art derselben beschränkt hat, so mag es sich kaum rechtfertigen lassen, rücksichtlich einer ganzen Classe naturwidriger Wollustacte, die das Gesetz ausdrücklich nicht ausgenommen hat, in der practischen Anwendung dieses Gesetzes Ausnahmen eintreten zu lassen.

Zur Unterstützung der Behauptung, daß die zwischen Personen desselben Geschlechtes geübte Onanie nicht hieher gehöre, beruft man sich darauf, daß das Josef. St. G. sich im §. 71 des Ausdruckes: „fleischlich vergeht" bediene, unter welchem Ausdrucke doch nur „beischlafartige Handlungen" verstanden werden können. —

Mit einer solchen Interpretation dürfte — selbst wenn sie richtig wäre — nicht viel gewonnen sein; denn es entsteht wieder die weitere Frage, welche Handlungen als beischlafartig anzusehen seien? Sollen darunter etwa nur solche Handlungen gemeint sein, bei welchen eine Art fleischlicher Vermischung vor sich geht? — Dabei fällt es uns aber auf, daß das Gesetz einerseits die Unz. zwischen Personen weiblichen Geschlechtes aus dem Begriffe der Sodomie nicht ausgeschieden, und andererseits diesen Begriff nicht ausgedehnt hat auf Unz. zwischen Personen verschiedenen Geschlechtes, da doch auch zwischen Mann und Frau päderastieähnliche Acte — auf die es obige Interpretation vorzugsweise abgesehen zu haben scheint — verübt werden können, und dieselben Gründe, die für die Strafbarkeit

der eigentlichen Päderastie sprechen, auch hier vorliegen. Anlangend die Unzuchtsfälle zwischen Pers. weiblichen Geschlechtes ist es zweifellos, daß das Gesetz nach der allgemeinen Textirung auch diese als naturwidrige Wollustbefriedigung behandelt wissen will, nachdem doch nicht angenommen werden kann, daß das Gesetz nur ganz unabsichtlich derlei Acte aus dem Begriffe der Sodomie nicht beseitiget habe. Läßt sich aber zwischen „Weib und Weib" irgend eine Art fleischlicher Vermischung, ein beischlafartiger Act denken, oder haben nicht vielmehr alle solche mit oder ohne membrum artific. verübten Handlungen einen ausschließlich onanieartigen Character? Wenn derlei Fälle zur Gerichtskenntniß kämen, so müßten sie nach der ausnahmslosen Fassung des Gesetzes unter dasselbe subsummirt werden. Unterliegen hiernach onanieartige Acte zwischen Pers. weibl. Geschl. der gerichtlichen Ahndung, so gilt dieß gewiß noch mehr bei derlei zwischen Personen männlichen Geschlechtes verübten Handlungen; denn bei diesen Personen setzen solche Schandacte eine weit vorgerücktere Sittenverderbniß voraus und beruhen meist auf Uebersättigung, während der höchst unvollkommene Genuß, den die unzüchtigen Umarmungen zwischen Weib und Weib gewähren, in der Regel nur in dem Mangel einer naturgemäßen Befriedigung des aufgeregten Geschlechtstriebes, in der Furcht vor Schwängerung und Schande seine Begründung findet [53]).

Hiernach scheint gerade der Umstand, daß das Gesetz die Unzucht wider die Natur nicht ausdrücklich auf Personen männlichen Geschlechtes beschränkt hat — wie dieß z. B. bei dem preußischen St. G. v. 14. April 1851 im §. 143 (Waldek §. 138) [54]) und bei dem St. G. für Zürich v. 24. Septbr. 1835 (§. 138) der Fall ist — für die Ansicht zu sprechen, daß nach dem Josefinischen St. G. auch onanieartige Handlungen — sobald sie zwischen Personen desselben Geschlechtes verübt werden — unter den §. 71 dieses Gesetzes zu subsummiren sind.

Dazu kömmt noch, daß das Just. Hofdecr. v. 26. Juni 1844, Z. 4413, ausdrücklich erklärt hat, es sei das Wort: „Unzucht" nicht auf Beischlaf zu beschränken, sondern in seiner „gewöhnlichen Bedeutung" zu nehmen. In dieser Beziehung wird aber wohl Niemand

---

[53]) Siehe Ed. Henke: Handbuch II. Thl. S. 163 ff.

[54]) Mit einigen Abänderungen wurde das preußische St. G. eingeführt in Anhalt-Bernburg am 22. Jänner 1852 und in Waldeck am 15. Mai 1855.

bestreiten, daß nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche und dem sittlichen Gefühle der Bevölkerung auch onanieartige Handlungen unter den Begriff der Unzucht fallen. Versteht man auch unter dem Ausdrucke: „fleischliche Vermischung" zunächst nur den Beischlaf, so ist es doch ebenso gewiß, daß der Begriff: „fleischlich" sehr häufig gebraucht wird zur Bezeichnung der Sinnlichkeit überhaupt, und alles dessen, was der verderbten Sinnlichkeit gemäß, aus solcher herrührend ist, und diese verrathet [55]). Dem entsprechend werden die Ausdrücke: Fleischeslust, fleischliche Begierde, Sinnenlust, sinnliche Begierde als Synonima behandelt. In diesem Sinne scheint auch das Josefinische St. G. obigen Ausdruck aufgefaßt zu haben, ohne hiebei an irgend eine Beschränkung derlei unzüchtiger Acte zu denken. In der That zeigt es sich, daß die Gesetzgebung selbst auf diesen Ausdruck gar kein Gewicht legt, indem sie, wie schon erwähnt, denselben in dem wenige Jahre später erschienenen westgalizischen St. G., als überflüßig, ganz weggelassen, und seitdem nie wieder gebraucht hat.

Nach dem Angeführten scheint uns die Behauptung, daß das Josefinische St. G. (und demzufolge auch jenes v. J. 1803) jede Onanie, und insbesondere auch dann aus dem Begriffe der Sodomie ausgeschieden habe, wenn sie sich zwischen Personen desselben Geschlechtes zuträgt, nicht über allen Zweifel erhaben zu sein.

Dasselbe gilt auch von dem österr. Strafgesetze vom 27. Mai 1852, welches, von der allgemeineren Fassung des §. 113 des St. G. v. J. 1803 zu jener des Josefinischen St. G. zurückkehrend, im §. 129 erklärt:

„Als Verbrechen werden auch nachstehende Arten der Unzucht bestraft:

I. Unzucht wider die Natur, das ist

a) mit Thieren;

b) mit Personen desselben Geschlechtes."

Wie bei dem St. G. vom J. 1803 scheint die österreichische Gesetzgebung auch bei der revidirten Ausgabe desselben vom J. 1852 von der Voraussetzung ausgegangen zu sein, daß der Begriff dieses Verbrechens Jedermann bekannt sei, und daher von einer allgemeinen Textirung des Gesetzes Schwierigkeiten nicht zu besorgen seien. Wenn

---

[55]) Siehe: Adelung, Grammatisch-kritisches Wörterbuch der hochdeutschen Sprache, unter: fleischlich. 2. Th. S. 197.

auch dieser Vorgang insofern Billigung verdient, als es nichts weniger als erbaulich ist, wenn Gesetzbücher bei einem die menschliche Würde so tief verletzenden Laster sich in eine schmutzige Casuistik verlieren, so erscheint es doch andererseits wieder sehr mißlich, daß diese in der Allgemeinheit des Ausdruckes liegende Unbestimmtheit des Gesetzes Anlaß gibt zur Ungleichheit und Unsicherheit der Rechtsprechung.

So sehen wir trotz entgegenstehender Entscheidungen des obersten Gerichtshofes wiederholt die zwischen Personen männlichen Geschlechtes verübte Onanie von österreichischen Gerichtshöfen als Verbrechen der widernatürlichen Unzucht behandelt, u. zw. wie es — nach obigen Ausführungen und nach den im Volke lebenden sittlichen Gefühlen — scheint, mit vollem Rechte.

Beispielsweise erinnern wir uns eines Falles, der sich in den Jahren 1857 oder 1858 im Bezirke Baden (nächst Wien) zutrug, in welchem zwei Bursche sich derart vergingen, daß der Eine die Mundhöhle des Anderen zur geschlechtlichen Befriedigung mißbraucht hat. Beide wurden von dem Kreisgerichte Wr.-Neustadt des Verbrechens der widernatürlichen Unzucht schuldig erkannt, und haben — so weit uns erinnerlich — auf das Rechtsmittel der Berufung verzichtend, die Strafe auch angetreten.

Wir verweisen ferner auf den in der „Gerichtshalle" Jahrgang 1858 Nr. 47 mitgetheilten Rechtsfall, so wie auf jenen, den die „Gerichtshalle" im Jahrg. 1864 Nr. 86 veröffentlicht hat. Im letzteren Falle hat das k. k. Kreisgericht Trient in dem Vorgange, wornach A. das membr. virile des B. durch Reiben mit der Hand zur ejaculatio seminis gebracht hatte, den Thatbestand obigen Verbrechens nicht angenommen, sich auf Motive früherer Entscheidungen des obersten Gerichtshofes stützend. — Das k. k. Oberlandesgericht zu Innsbruck hingegen hat — den Anschauungen der Bevölkerung Rechnung tragend — in dem Sachverhalte den Thatbestand dieses Verbrechens erblickt, um so mehr, als im Falle des §. 129 lit. b. St. G. an einen gewöhnlichen Beischlaf doch nicht gedacht werden könne, vielmehr unter dem Ausdrucke: „Unzucht" jeder geschlechtliche Mißbrauch, auf welche Art er auch ausgeführt worden sein mag, verstanden werden müsse. In Consequenz mit früheren Entscheidungen hat der oberste Gerichtshof das erstrichterliche Erkenntniß bestätiget, weil das mehrgedachte Hofdecret vom Jahre 1824 durch die Hinweisung auf das Josefinische St. G. die Selbstbefleckung aus der Classe

der Verbrechen ausgeſchieden habe, und es ſich im vorliegenden Falle nur um eine ſolche handle. — Daß dieſe Ausſcheidung keineswegs eine ſo zweifellos unbeſchränkte ſei, wurde bereits hervorgehoben.

Es liegt uns aus neueſter Zeit ein Fall vor, der gleichfalls die Verſchiedenartigkeit der Anſchauung der öſterreichiſchen Gerichte manifeſtirt, den wir nachſtehend mittheilen:

Der Müllermeiſter Louis N., rückſichtlich deſſen ſittlichen Wandels vielfache Gerüchte über allerhand Attaquen auf die Sexualien anderer Männer unter die Bevölkerung gedrungen ſind, wurde dieſerwegen gerichtlich angezeigt; insbeſondere wurde ihm zur Laſt gelegt, daß er ſeinen 17jährigen Lehrjungen G. am Sackboden der Mühle derart geſchlechtlich mißbraucht habe, daß er an dem membr. virile desſelben bis zur erfolgten ejacul. sem. geſaugt hat. Das k. k. Landesgericht zu Troppau hat, von ähnlicher Anſchauung geleitet, wie das O. L. G. zu Innsbruck, in dieſer Handlungsweiſe eine Concurrenz zweier Verbrechen, nämlich jenes der Verleitung zur Unzucht (§. 133) und das der Unzucht wider die Natur (§. 129 lit. b) erblickt, und rückſichtlich des letztgedachten Verbrechens auch den G. in Anklageſtand verſetzt. Rückſichtlich des G. wird behufs Begründung der Anſicht des k. k. Landesgerichtes bemerkt, daß immer und überall derjenige ſtrafbar erſcheint, welcher im Bewußtſein der Strafbarkeit eine geſetzlich verpönte Handlung begeht, mag er nun dieſe in Folge eigenen Entſchluſſes verübt haben, oder hiezu erſt von einem Anderen verleitet worden ſein. Die Verleitung zu einer ſtrafbaren Handlung wird betreffs des Verleiteten nie und nirgends als ein Grund der Strafloſigkeit, ſondern höchſtens als ein Milderungsumſtand angeſehen.

Sobald man in der zwiſchen Louis N. und G. vorgefallenen Handlung den Thatbeſtand der widernatürlichen Unzucht erblickt, dürfte es um ſo weniger angehen, blos den Louis N., und nicht auch den G. dieſes Verbrechens rechtlich zu beſchuldigen, als nach den geſetzlichen Beſtimmungen überall dort, wo zum Vorhandenſein eines Verbrechens nothwendig die Mitwirkung zweier oder mehrerer Perſonen erfordert wird, ſtets alle Jene dem Geſetze unterliegen, welche — unter Vorausſetzung ihrer Zurechnungsfähigkeit (§. 2 St. G.) und im Bewußtſein der Strafbarkeit dieſer Handlung — bei derſelben mitgewirkt haben. Dieß gilt z. B. bei der Blutſchande, worunter bekanntlich der concubitus zwiſchen

nahen Verwandten, insbesondere auf- und absteigender Linie verstanden wird [56]).

Zweifellos wird auch nach dem österr. St. G. (§. 131) die Blutschande nicht blos an den Eltern gestraft, sondern auch an den zurechnungsfähigen Kindern, mögen diese nun von den Ersteren verführt worden sein, oder nicht; — es ist nun nicht einzusehen, warum widernatürliche Unzucht zwischen solchen Personen nicht gleichfalls, wie an den Eltern, so auch an den Kindern gestraft werden sollte? Was aber in solchen Fällen hinsichtlich der Strafbarkeit des Verführten gilt, muß um so mehr da gelten, wo dieser in keinem Abhängigkeitsverhältnisse zu dem Verführer steht, wo ihn nichts hindert, dem Willen des Anderen Widerstand zu leisten, und im Falle der Gewaltanwendung selbst von dem Rechte der Nothwehr Gebrauch zu machen.

Nachdem dem mitgetheilten Sachverhalte zufolge dem G. weder unmündiges Alter, noch physische Gewaltanwendung, noch Geistesverwirrung, noch irgend ein anderer die Strafbarkeit aufhebender Entschuldigungsumstand zu Gute kömmt, ja nur seine Einwilligung die Begehung des naturwidrigen Unzuchtsactes ermöglicht hat, so scheint es vollkommen gerechtfertiget zu sein, wenn das k. k. Landesgericht nicht blos den Louis N., sondern auch den G. wegen des Verbrechens der Unzucht wider die Natur in den Anklagestand versetzt hat, wobei es selbstverständlich ist, daß Louis N. wegen des gewichtigen Erschwerungsumstandes der Concurrenz mit dem Verbrechen der Verführung zur Unzucht bei der Strafbemessung bedeutend strenger behandelt worden wäre.

Was es das dem Louis N. zur Last gelegte Verbrechen der Verführung zur Unzucht betrifft, so wurde der dießfällige Anklagebeschluß wegen des klaren Wortlautes des §. 132 III. St. G. weder von der zweiten, noch von der dritten Instanz beanständet, und ist in dieser Richtung nichts weiter zu bemerken; dagegen hat rücksichtlich des Verbrechens der Unzucht wider die Natur das k. k. mährisch-schlesische Oberlandesgericht zu Brünn mit Erkenntniß vom 2. August 1865, Z. 7763, den Anklagebeschluß blos betreffs des Louis N. auf-

[56]) Siehe hierüber: Feuerbach Lehrb. des gem. peinl. Rechtes. 12te Ausg. Gießen 1836, §. 461, S. 415 ff. Wächter Lehrb. §. 237. Berner Lehrb. S. 358—372. Dann Strafgesetz für Württemberg vom 1. März 1839, art. 301. S. Altenburg v. 3. Mai 1841, art. 303. Baden v. 6. März 1845, §. 365. Hessen-Darmstadt vom 17. Septbr. 1841, art. 335. Nassau v. 14. April 1849, art. 328. Hannover v. 8. Aug. 1840, art. 274. Baiern v. 10. Nov. 1861, art. 208.

recht erhalten, bezüglich des G. aber aufgehoben, nachdem dasselbe von der Anschauung ausging, daß nach der Interpretation des dem St. G. von 1803 zu Grunde liegenden Josefinischen St. G. die Selbstbefleckung allerdings an jenem, der sie am eigenen Körper selbst verübt oder duldet, als Verbrechen nicht geahndet werden könne, weil dieser nur Pflichten gegen sich selbst verletze, wohl aber an Demjenigen, der behufs Befriedigung seiner Lust an Anderen Onanie treibt; denn Dieser verletze nicht blos Pflichten gegen sich selbst, sondern auch gegen Andere, deren Persönlichkeit er zu großem Nachtheile ihrer Sittlichkeit und Gesundheit zu einem bloßen Werkzeuge seiner Lust herabwürdige.

Der oberste Gerichtshof hingegen hat mit Erkenntniß vom 26. September 1865, Z. 8060, auch rücksichtlich des Louis R. den Anklagebeschluß in der Richtung der Unzucht wider die Natur aufgehoben, weil das dem Strafgesetze von 1852 zur Basis dienende Josefinische Strafgesetz im §. 71 dieses zwischen Personen desselben Geschlechtes begangene Verbrechen blos auf den Fall beschränke, wenn Jemand sich mit seinem eigenen Geschlechte „fleischlich" vergehe, worunter nach dem gemeinen Sprachgebrauche „nur eine dem Beischlafe ähnliche Handlung verstanden werden könne, eine solche aber zur Beurtheilung nicht vorliege.

Betreffs der Interpretation des Wortes „fleischlich" verweisen wir auf unsere frühere Auseinandersetzung und enthalten uns gegenüber der Autorität des obersten Gerichtshofes jeder weiteren Beleuchtung dieses Erkenntnisses; nur sei uns die Bemerkung gestattet, daß, wenn obige Auslegung des Wortes „fleischlich" wirklich die richtige sein sollte, es sich bei der bevorstehenden Reformation des österreichischen Strafgesetzes empfehlen dürfte, eine solche Beschränkung fallen zu lassen; denn es scheint uns, daß die Verleitung zur widernatürlichen Unzucht, mit Einschluß der Onanie — mit Rücksicht auf deren traurige Folgen — selbst von Seite solcher Personen, die nicht in dem besonderen Verhältnisse eines Vormundes, Erziehers, Meisters u. s. w. zu dem Verleiteten stehen — nicht ungeahndet bleiben dürfe, ja härtere Strafe verdiene, als die Verleitung zu naturgemäßem Beischlafe[57]), um so mehr dann, wenn, wie im vorliegenden Falle,

[57]) Mit Recht enthält in dieser Beziehung schon das preußische Landrecht v. 20. März 1791 im II. Th. 20. Titel, 12. Absch. §. 1071 die Bestimmung: „Wer jemanden zu dergleichen unnatürlichen Lastern verführt und mißbraucht hat, der ist doppelter Strafe beschuldigt."

das gerichtliche Einschreiten durch das unter der Bevölkerung hervorgerufene Aergerniß veranlaßt worden ist. In solchen Fällen Straflosigkeit eintreten zu lassen, wäre eben nicht geeignet, die Volksanschauungen über Moralität zu befestigen, im Gegentheile nur geschaffen, dieselben irre zu leiten und zu untergraben.

Selbst H. E. Globig und Johann G. Huster[58]), die bekanntlich die Sodomie nicht als Verbrechen behandelt wissen wollen, erklären sich unbedingt für die Strafbarkeit der Verführung zur Selbstbefleckung; dafür spricht sich auch Ed. Henke[59]) aus, und zwar mit dem ausdrücklichen Beisatze, daß diese Verführung nicht blos an solchen Personen bestraft werden solle, die eine besondere Pflicht (der Erziehung, Aufsicht u. s. w.) dadurch verletzen, sondern auch an Jenen, bei welchen ein derartiges besonderes Verhältniß zum Verführten nicht vorliegt.

Die deutschen Strafgesetze lassen es — mit Ausschluß des baierischen St. G. v. 10. Nov. 1861 und jenes für Sachsen v. 13. August 1855 — meist zweifelhaft erscheinen[60]), ob sie die Onanie unter die naturwidrige Wollustbefriedigung aufgenommen haben oder nicht. Geib verneint diese Frage[61]); doch dürfte diese unbedingte Verneinung wenigstens hinsichtlich der eben genannten zwei Gesetze eine Beschränkung erfahren. Für die Strafbarkeit der Onanie erklärt sich auch Dr. Carl v. Grolmann[62]), Ed. Henke[63]), Dr. Aug. Wilh. Hefftter[64]) u. A.

Wir sind weit entfernt, jede unmoralische Handlung mit Strafe belegen zu wollen, und den Grund der Strafbarkeit der widernatürlichen Unzucht — zu der wir auch die Onanie zählen — in der Rohheit und Gemeinheit, von welcher solche Handlungen Zeugniß

[58]) Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung S. 245 ff., und in den 4 Zugaben zu dieser Abhandlung (Altenburg 1785) S. 318 ff.
[59]) Handbuch II. Thl. S. 165 ff.
[60]) Auch Dr. C. F. W. J. Häberlin sagt in seinen Grundsätzen des Crim.-Rechtes nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern (Leipzig 1845) III. Bd. S. 299, daß es zweifelhaft sei, ob die deutschen Strafgesetze die Onanie als widernatürliche Unzucht ansehen oder nicht; wenn er sich aber im ferneren Verlaufe seiner Abhandlung für die Straflosigkeit der Onanie ausspricht, so ist dieß nur dem Umstande zuzuschreiben, daß er lediglich den Fall vor Augen hat, wenn Jemand an sich allein diesen Act vornimmt.
[61]) Lehrb. II. S 210.
[62]) Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. 3. Auflage. Gießen 1818. §. 397, Note a.
[63]) Handbuch II. Thl. S. 155.
[64]) Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts von Dr. A. W. Hefftter. Halle 1840 (2te Aufl.), §. 440.

geben, zu suchen; denn wollte man jedes menschliche Wirken durch Strafgesetze beschränken und bestimmen, dann würde es dem Menschen an der nöthigen Freiheit und Selbstständigkeit fehlen, ohne welche jede Handlung ihren Werth verliert. Es kann daher der Staat nicht Alles verbieten, was das Sittengesetz untersagt, nicht Alles fordern, was dieses verlangt, sondern nur dasjenige, was und in so weit es mittelbar oder unmittelbar das freie und sichere Dasein Aller, den öffentlichen Frieden, die öffentliche Ordnung gefährdet[65]).

In dieser Beziehung besteht allerdings ein Unterschied zwischen dem Sitten- und dem Rechtsgesetze; allein trotz dieser ihrer Verschiedenheit bilden sie keine Gegensätze; im Gegentheile hat das Rechtsgesetz seine Wurzel in dem Sittengesetze; beide beruhen auf derselben Grundlage, demselben einem höchsten Gesetze, in welchem Moral und Recht inbegriffen sind[66]).

Eine unbedingte Trennung des Strafrechtes von Moral und Religion gilt nach den jetzigen Anschauungen der Strafrechtswissenschaft für unmöglich[67]); nach diesen bildet nicht die Verletzung eines Rechtes das Characteristische des Verbrechens, sondern die Gefährdung und Verletzung der öffentlichen Ordnung, die Auflehnung gegen den allgemeinen Willen, mag dieser nun ein öffentliches oder Privat-Recht, Sitte, oder Religion betreffen[68]).

Wäre es richtig, daß jedes Verbrechen eine Rechtsverletzung enthalten müßte, dann ließe sich die Aufnahme einer Reihe von Handlungen in die Strafgesetzbücher nicht rechtfertigen; dieß gilt beispielsweise von der Gotteslästerung — denn Gott steht zu dem Menschen in keinem Rechtsverhältnisse —, von der Bestialität — Thiere haben auf Persönlichkeit keinen Anspruch, sind somit rechtlos —, von der Bigamie — wenn die rechtmäßige Ehegattin, auf ihre Rechte aus dem ehelichen Verhältnisse verzichtend, zur Eingehung der Ehe Seitens ihres Gatten mit einer anderen Frau ihre Ein-

---

[65]) Dr. A. S. Oersted: Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung. Kopenhagen 1818 S. 7 ff.

[66]) Siehe: Johann N. Borst's treffliche Schrift über Naturrecht, Nürnberg 1818. Schon das römische Recht bezeichnet als Unrecht alles das, quod adversus bonos mores fit, idque non fieri, alicujus interest.

[67]) Geib Lehrb. I. S. 355.

[68]) Siehe Geib Lehrbuch II. S. 173 ff., dann Berner Lehrb. S. 101 ff.

willigung gibt u. ſ. w. —, und doch begegnen wir in den Strafgeſetzbüchern allenthalben ſolchen — vom Volke und dem entſprechend auch von der Geſetzgebung — mit Recht als Verbrechen erklärten Handlungen.

Was in allen dieſen Fällen mit Strafe bedroht wird, iſt nicht die Verletzung des Rechtes, ſondern die Verletzung der heiligſten Gefühle der Menſchen, der Sitte und Religion, durch deren Untergrabung der Staat als eine ſittliche Erſcheinung in ſeinen Grundfeſten erſchüttert, in ſeiner eigenen Exiſtenz gefährdet wird.

Mit Recht ſagt Dr. L. v. Bar: „Die Begriffe der meiſten und wichtigſten Verbrechen leben im Volksbewußtſein“ [69]). Dieſem muß die Geſetzgebung Rechnung tragen, wenn ſie will, daß ihre Geſetze bei dem Volke bleibenden Eingang finden.

Wo die Geſetzgebung mit dem im Volke herrſchenden Rechtsbewußtſein in Colliſion geräth, da zieht erſtere ſchließlich ſtets den Kürzeren, wie die Rechtsgeſchichte durch viele Beiſpiele nachzuweiſen vermag.

Kein Geſetz darf des erſten, wichtigſten Erforderniſſes entbehren, der Volksthümlichkeit, d. i. der Harmonie mit dem im Nationalcharacter wurzelnden Volksbewußtſein. Dieß hat ſchon Friedrich der Große, entgegen der damals in Aufſchwung gekommenen Idee, das Recht, mit Hintanſetzung aller hiſtoriſchen Grundlage, lediglich aus philoſophiſcher Speculation zu ſchöpfen, mit den Worten anerkannt: „Il faut bien que les loix s'accordent avec les génies des nations, ou il ne faut point esperer qu'elles subsistent“ (in Memoires de l'Academie royale des sciences et belles lettres année 1749. Berlin 1751, pag. 188) [70]).

Ganz richtig ſagt in dieſer Beziehung auch Dr. C. J. A. Mittermaier [71]): „Ein vielfach ſtörendes Gebrechen der neuen Geſetzbücher iſt der Widerſtreit der Strafdrohungen mit der Volksmoral und den Rechtsanſichten Derjenigen, welche die Geſetze zu beobachten haben.

---

[69]) Recht und Beweis im Geſchwornengericht. Hannover 1865. S. 42.

[70]) Siehe Geib Lehrb. I. S. 321 und 348. Berner Lehrb. S. 7 ſagt: Sie — d. i. die Geſetzgebung — ſoll nur das durch die geſchichtliche Entwickelung der Nation zur Erkenntniß genommene Recht ausſprechen, ſie ſoll das Hergebrachte möglichſt ſchonen, aber auch das Hergebrachte muthig über den Haufen werfen, ſobald die Zeit augenſcheinlich darüber hinaus iſt.

[71]) Die Strafgeſetzgebung in ihrer Fortbildung. Zweiter Beitrag. Heidelberg 1843. S. 41 und 42.

Dieß läßt sich nachweisen, wenn man zeigt, daß manche Strafdrohungen gegen gewisse Handlungen, welche die Volksmoral mit Recht für höchst strafbar hält, wegen der Geringfügigkeit der gedrohten Strafe im Mißverhältnisse mit den Volksansichten stehen, wenn man ferner die Zeugnisse der Erfahrung sammelt, daß die Strafloſigkeit, welche in manchen nach dem allgemeinen Gefühle für höchst strafwürdig gehaltenen Fällen wegen des Mangels oder wegen der zu engen Fassung des Gesetzes ausgesprochen werden muß, das Volk verletzt".

Von demselben Standpunkte bemerkt auch der königl. sächsische Generalprocurator Dr. Fr. Oscar Schwarze[72]), daß er nicht zu Denen gehöre, welche nur jene Handlungen, „welche zugleich eine bestimmte Rechtsverletzung involviren, als Criminalverbrechen anerkennen wollen", sondern daß er vielmehr glaube, daß, „wenn die Stimme des Volkes Handlungen, die an sich nur eine moralische Verdorbenheit beurkunden, als criminell strafbar bezeichnet, dieses wohl zu beachten, und nicht ohne triftigen Grund eine solche Mahnung überhört werden solle"[73]). Als eine solche Mahnung kann es aber wohl angesehen werden, wenn sich die Fälle häufen, in welchen die Richter eines Volkes trotz vorliegender entgegengesetzter Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in einer Handlungsweise, die von der Gesammtheit der Bevölkerung als eine der gröblichsten Verletzungen der Sitte und Menschenwürde angesehen wird, ein Verbrechen erblicken und sie als solches behandeln.

Soweit Religion und Sitte nothwendige Grundlagen jedes Staatswesens sind, und aus diesem Grunde eines kräftigen Schutzes Seitens der Staatsgewalt erheischen, nehmen sie allerdings den Character eines Rechtes an. In dieser Auffassung steht auch dem Satze, daß ein Verbrechen ohne Rechtsverletzung nicht denkbar sei, nichts entgegen; allein ein solches, erst aus dem Strafgesetze construirtes, aus den gesetzlichen Bestimmungen abstrahirtes Recht ist eben nur rücksichtlich dieses bestimmten Verbrechens von Be-

---

[72]) In der Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten, Halle 1843, S. 9 und 10.

[73]) Daselbst spricht sich Schwarze S. 10, Anm. 12 aus obigen Gründen für die criminelle Behandlung der widernatürlichen Unzucht aus, auch dann wenn sie nicht zugleich als Gewalt, Körperverletzung u. s. w. strafbar erscheint.

lang, und hat nur insoweit Kraft, als es eben durch die Strafandrohung geschützt wird; außerdem verliert es alle Bedeutung [74]).

Es ist nicht zu leugnen, daß nicht jede unsittliche Handlung die staatliche Grundlage gefährdet, und daher auch nicht jede unsittliche Handlung dem Strafgesetze unterliegen könne; allein gerade in der Schwierigkeit der Auffindung einer allen Anforderungen entsprechenden Grenze, an welcher die Gefährdung der staatlichen Ordnung durch unmoralische Handlungen, resp. deren bürgerliche Strafbarkeit, zu beginnen habe, liegt der Grund des Vorkommens der mannigfaltigsten Ansichten.

So viel scheint gewiß zu sein, daß Derjenige, welcher an sich selbst, jedoch weder in Anderer Beisein, noch in Gemeinschaft mit Anderen, unsittliche Acte vornimmt, diesertwegen nicht gestraft werden könne, vielmehr deren Verantwortung seinem Gewissen überlassen werden müsse.

Aus denselben Gründen, aus welchen man die an sich allein verübte Onanie nicht für strafwürdig hält, dürfte auch der concub. cum animali solange nicht strafbar sein, als er ganz geheim, in Abwesenheit jedes menschlichen Zeugen geschieht; denn solange das sittliche Gefühl Anderer nicht verletzt wird, kann man nicht sagen, es werde durch jene Handlung die Sittlichkeit untergraben. Nach unserer Ansicht ist demnach die im Geheimen verübte Bestialität in strafrechtlicher Beziehung der allein verübten Onanie vollständig gleich zu achten, und mag es sich kaum rechtfertigen lassen, die Bestialität unbedingt und unbeschränkt mit bürgerlichen Strafen zu bedrohen.

Ebenso ist es über allen Zweifel erhaben, daß jeder wie immer geartete Angriff auf die Schamhaftigkeit und das sittliche Gefühl Anderer (die Geschlechtsehre) strafbar wird, sobald der Betreffende durch physische Gewalt zur Duldung oder Begehung einer unsittlichen Handlung gezwungen wird, mag nun diese Handlung in einem naturgemäßen, oder in was immer für einer — daher auch naturwidrigen, selbst nur onanieartigen — Befriedigung des Geschlechtstriebes bestehen.

In dieser Beziehung ist es nur zu billigen, wenn das österr. St. G. im §. 130 die widernat. Unzucht zwischen Personen dessel-

[74]) Geib Lehrb. II. S. 177. C. J. Bekker: Theorie des heutigen Strafrechtes. Leipzig 1857. I. S. 103. Dr. August Heffter Lehrb. §. 427 S. 350, und §. 8 S. 11.

ben Geschlechtes dann mit höheren, d. i. denselben Strafen, wie die Nothzucht bedroht, wenn sich eines der im §. 125 erwähnten Mittel (Gewaltthätigkeit, gefährliche Bedrohung, arglistige Betäubung) bedient worden ist. Es frägt sich nur, unter welche Stelle des Gesetzes jene Fälle zu subsummiren seien, in welchen eine bereits mündige Person weiblichen Geschlechtes von irgend einem Manne mit Hilfe obiger Mittel außer Stand gesetzt wird, Widerstand zu leisten, und in diesem Zustande von demselben nicht zum Beischlafe, sondern zu naturwidrigen, z. B. päderastieartigen Unzuchtsacten mißbraucht wird.

Von Nothzucht ist selbstverständlich hier keine Rede, nachdem das österr. St. G. vom J. 1852 im §. 125 — abweichend vom §. 130 I. Theiles des Josefinischen St. G. und vom §. 110 des St. G. v. 1803 — diesen Verbrechensbegriff ganz richtig auf außerehelichen Beischlaf beschränkt; ebenso können die Bestimmungen der §§. 129 und 130 nicht in Frage kommen, weil es sich nicht um widernat. Unz. zwischen Personen desselben Geschlechtes handelt.

Die einzige hier in Betracht kommende Bestimmung enthält der §. 128 St. G., welcher anordnet, daß, wer eine im Zustande der Wehr- oder Bewußtlosigkeit befindliche Person zur Befriedigung seiner Lüste auf andere Weise, als durch außerehel. Beischlaf, geschlechtlich mißbraucht, sich — insoferne die Handlung nicht das im §. 129 lit. b bezeichnete Verbrechen bildet — des Verbrechens des Schändung schuldig mache.

Hiernach unterliegt ohne Zweifel diesem Gesetze Derjenige, welcher eine Person weiblichen Geschlechtes, die er bereits in einem Zustande der Wehr- oder Bewußtlosigkeit vorfindet, zu naturwidriger Wollust mißbraucht. Dieser Fall ist aber nicht identisch mit jenem, wenn der Thäter diesen Zustand nicht schon vorfindet, sondern er selbst denselben erst durch Gewaltthätigkeit, Drohung oder arglistige Betäubung herbeiführt, und dann die betreffende Person auf obige Weise schändet. Daß diese Unterscheidung richtig ist, ergibt sich aus dem Gesetze, wenn man dessen Bestimmungen über Nothzucht näher betrachtet; rücksichtlich dieser unterscheidet es ganz richtig die Fälle der eigentlichen Nothzucht, in welchen die im §. 125 genannten Zwangsmittel in Anwendung kommen, von jenen Fällen, in welchen ohne diese Zwangsmittel Jemand eine ohne sein Zuthun bereits ihm Zustande der Wehr- oder Bewußtlosigkeit befindliche Person weiblichen Geschlechtes

zum Beischlafe mißbraucht (§. 127), welche Fälle in der neueren Wissenschaft und Gesetzgebung, zum Unterschiede von der Nothzucht, als „unfreiwillige Schwächung" bezeichnet werden.

Wie das Gesetz bei der naturgemäßen Befriedigung diese beiden Arten besonders hervorhebt, so sollte dieß auch bei dem naturwidrigen Mißbrauche geschehen; während nun der §. 128 vorzugsweise nur die zweite Art — d. i. jene ohne Gewaltanwendung Seitens des Thäters — vor Augen hat, läßt sich die Anwendbarkeit dieses Paragraphes auch auf die Fälle der ersten Art nur daraus ableiten, daß im §. 128 die im §. 127 vorkommenden Worte: „ohne Zuthun des Thäters" weggelassen sind, in Folge welcher Unbeschränktheit des §. 128 es als gleichgiltig angesehen werden muß, ob dieser Zustand von dem Thäter selbst herbeigeführt worden sei oder nicht.

Wenn daher auch der von uns gedachte Fall nach §. 128 St. G. als Schändung zu ahnden ist, so scheint es uns doch nicht gerechtfertigt zu sein, auf die zwangsweise widernat. Unzucht zwischen Personen desselben Geschlechtes die für die Nothzucht gesetzten höheren Strafen, dagegen auf die zwangsweise widernat. Unz. zwischen Personen verschiedenen Geschlechtes die im §. 128 St. G. normirten milderen Strafsätze in Anwendung kommen zu lassen. Nach unserer Meinung ist ein triftiger Grund zu dieser Unterscheidung im Strafmaße nicht vorhanden, und ist vielmehr jeder zwangsweise widernatürliche Mißbrauch von Personen dieses oder jenes Geschlechtes, gleich der Nothzucht zu bestrafen. Dieser Anschauung sind fast alle deutschen St. G., insbesondere das frühere St. G. für Baiern vom 16. Mai 1813 art. 186 [75]), jenes für Würtemberg v. 1. März 1839 art. 296, für Hannover vom 8. Aug. 1840 art. 276 u. 271 Nr. I., für Baden v. 6. März 1845 §§. 335 u. 371, Hes-

[75]) Dieses Strafgesetz ist ein Werk Feuerbach's, den Berner (Lehrb. S. 71) mit Recht „den Kant der deutschen Strafrechtswissenschaft" nennt. Dr. C. Levita sagt im Gerichtssaal (1860) S. 460, daß dieses Strafgesetz die reifste Frucht der Einsicht und Kunst im Gesetzgebungsfache sei, bewundernswerth in seinen Vorzügen und in seinen Fehlern. Wächter hebt in Schletter's Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft I. S. 107 hervor, daß durch das baierische Strafgesetz, das allen folgenden deutschen Strafgesetzen in den meisten Punkten zum Vorbilde gedient hat, eine neue bessere Zeit für die deutsche Criminallegislation eingetreten sei, die jedoch gewissermaßen eine besondere Periode für sich bildet, nämlich jene des Ueberganges, deren Anfang und Schluß es zugleich sei. Zu diesem Strafgesetze erschienen im Jahre 1813 ff. in München 3 Bände officieller — von dem bekannten Gönner verfaßter — Anmerkungen.

ſen-Darmſtadt v. 17. Septb. 1841 art. 338 und 330 und damit gleichlautend jenes für Naſſau v. 14. April 1849 art. 331 u. 323, das St. G. für die thüringiſchen Staaten [76]) im art. 303, 291 ff., und das neue bairiſche St. G. vom 10. November 1861 art. 214.

Viel entſprechender würde es uns erſcheinen, den Verbrechensbegriff der widernat. Unzucht im Allgemeinen im §. 129 nach Art des neuen ſächſ. St. G. nicht auf Perſonen desſelben Geſchlechtes zu beſchränken, ſondern auch auf Perſonen verſchiedenen Geſchlechtes auszudehnen; dadurch würde der eben angedeutete Uebelſtand behoben, und überdieß würden auf dieſe Weiſe jene Fälle nicht ſtraflos bleiben, welche, ungeachtet keine Zwangsmitteln in Anwendung gebracht worden ſind, die Volksanſchauung für höchſt ſtrafbar hält. Es iſt nicht einzuſehen, warum ein und derſelbe Act, an Männern (Päderaſtie) verübt, ein Verbrechen bilden, an Perſonen weiblichen Geſchlechtes aber begangen, ſtraflos bleiben ſoll, nachdem doch ganz dieſelben Gründe der Strafbarkeit dort wie hier vorliegen; warum ſoll ein Vater, der ſeine Tochter, die bereits mündig iſt, mit ihrem Einverſtändniſſe zu widernatürlicher Unzucht mißbraucht, nicht ebenſo ſtrafbar ſein, als Jener, der ſeinen leiblichen Sohn auf dieſelbe Weiſe, oder der ſeine Tochter zum Beiſchlafe mißbraucht. Wenn man darauf hinweiſt, daß ein ſolcher Vater in allen drei Fällen nach derſelben Beſtimmung des §. 131 — der von „Blutſchande, welche zwiſchen Verwandten in auf- und abſteigender Linie begangen wird", handelt — zu beſtrafen ſei, ſo laſſen ſich dieſer Behauptung nicht ungegründete Einwendungen entgegenſetzen.

Wenn man erwägt, daß das Geſetz im §. 501 ſchon jede, wie immer geartete, Unzucht zwiſchen Geſchwiſtern und entfernteren Verwandten als Uebertretung beſtraft, und daß außer der Blutſchande im §. 131 ſonſt keine auf Unzucht zwiſchen Eltern und Kindern bezugnehmenden Beſtimmungen im Strafgeſetze vorkommen, ſo ſcheint es allerdings, daß das Geſetz den im §. 131 nicht definirten Begriff der Blutſchande auf alle wie immer gearteten Unzuchtsfälle zwiſchen Eltern und Kinder habe ausdehnen wollen.

---

[76]) Das thüringiſche Strafgeſetz wurde eingeführt in Sachſen-Weimar am 20. März 1850, in Schwarzburg-Sondershauſen am 25. März 1850, in Schwarzburg-Rudolſtadt am 26. April 1850, in Anhalt-Deſſau-Köthen am 28. Mai 1850, in Sachſen-Meiningen am 21. Juli 1850, in Sachſen-Coburg-Gotha am 29. Nov. 1850, und am 14. April 1852 in dem Fürſtenthume Reuß.

Dagegen spricht aber erstens, daß der §. 131 sich nicht desselben weitumfassenderen Ausdruckes „Unzucht", wie im §. 501, sondern des Ausdruckes: „Blutschande" bedient, unter welcher nach der allgemeinen Anschauung der Wissenschaft und Gesetzgebung nur der Beischlaf — mit Ausschluß anderer Unzuchtsacte — zwischen den nächsten Blutsverwandten verstanden wird [77]); — und zweitens, daß die Gesetzgebung die in dem, offenbar dem §. 131 zu Grunde liegenden Hofdecrete vom 3. November 1787 Nr. 744 ausgesprochene Ausdehnung dieses Begriffes weder in das St. G. v. 1803, noch in jenes vom J. 1852 aufgenommen hat, woraus geschlossen werden kann, daß sie, diese Ausdehnung aufgebend, sich der allgemein herrschenden Ansicht über den Begriff der Blutschande anschließen wollte.

Wäre dieß nicht der Fall, und hätte vielmehr die Gesetzgebung eine von dieser allgemeinen Auffassung abweichende Ausdehnung dem gedachten Verbrechensbegriffe beilegen wollen, so würde sich mit Rücksicht auf den im art. IV. des K. M. Pat. ausgesprochenen Grundsatz die ausdrückliche Hervorhebung dieser Abweichung im Gesetze als ein höchst wünschenswerther Vorgang empfohlen haben.

Sehr empfehlenswerth dürfte in dieser Beziehung der Vorgang des thüringischen St. G. sein. Dieses behandelt nämlich in den art. 291—292 die Nothzucht, 293—294 Blutschande, art. 295 die Unzucht mit Verletzung anderweitiger Verpflichtungen — als Pflegevater, Vormund, Erzieher, richterlicher oder polizeilicher Beamte, Aufseher in Armen-, Straf-, Kranken- u. a. Anstalten —, im art. 296 u. 297 Unzucht mit bewußt- oder willenslosen Personen oder mit Kindern unter 14 Jahren u. s. w. — und stellt sodann im art. 303 die allgemeine Regel auf: „Bei allen diesen Verbrechen gilt die widernatürliche Befriedigung des Geschlechtstriebes dem Beischlafe gleich, und wird wie dieser bestraft;" nur scheint es, daß das Gesetz wegen der Naturwidrigkeit des Actes eine Verschärfung der Strafe eintreten lassen sollte, wie es z. B. das frühere St. G. für Oldenburg vom 10. September 1814 im art. 196 angeordnet hat. Mit Recht beschränkt aber das thüringische Gesetz die widern. Unz. nicht auf obige Fälle allein, sondern bestimmt überdieß in al. 2 des art. 295, daß auch in andern Fällen die widern. Befriedigung, „wenn sie mit einer anderen

[77]) Siehe hierüber Anm. 56.

Person, einer Leiche, oder einem Thiere geschieht, mit Gefängniß zu bestrafen sei".

Daß die widern. Unzucht strafwürdiger sei, als die naturgemäße Befriedigung des Geschlechtstriebes, anerkennt auch das canonische Recht, welches in caus. 32. qu. 7. can. 14 sagt, daß der usus contra naturam procul dubio flagitiosior atque turpior sei, quam si in usu naturali peccarent [78]).

Bereits E. Henke [79]) weist darauf hin, daß die widernatürl. Unzucht weit mehr den Körper schwäche, die Geisteskräfte abstumpfe und zerstöre, und umso nachtheiliger wirke, je zarter das Alter des Mißbrauchten sei. Die hohe Gefährlichkeit dieses Lasters für Ehe und Staat bezeichnet auch Jenull [80]) als Grund der Strafbarkeit desselben.

Es handelt sich nur noch um die Frage, ob widern. Unz. auch dann strafbar sei, wenn sie nicht mittelst Zwanges oder arglistiger Betäubung u. s. w. — sondern wenn sie zwischen vollkommen zurechnungsfähigen Personen mit beiderseitigen Einverständnisse verübt wird.

In dieser Beziehung muß bemerkt werden, daß der aus l. 1. §. 5. Dig. de injur. entnommene Satz: volenti non fit injuria im Strafrechte wegen dessen öffentlichen Characters nur eine sehr beschränkte Anwendung, nämlich nur dann findet, wenn es sich um veräußerliche Rechte handelt, und wenn die Nichteinwilligung zum Thatbestande eines bestimmten Verbrechens, wie z. B. bei dem Diebstahle, unbedingt nothwendig ist; sonst hat dieser Satz im Strafrechte gar keine Bedeutung. Die Verzichtbarkeit der Rechte findet ihre natürliche Begrenzung in den Rechten Anderer und in dem öffentlichen Interesse; sie kann sich nur auf reine Privatrechte, z. B. Eigenthumsrecht, nicht aber auf solche Rechte beziehen, die eine nothwendige Bedingung der sittlichen Natur des Menschen bilden. Leistet Jemand auf solche unveräußerliche Rechte, wie z. B. das Leben Verzicht, so wird durch die Nichtrespectirung dieser Rechte Seitens dritter Personen wohl nicht der Wille des Verzichtenden, aber doch der allgemeine Wille verletzt, und verfällt der diesem Willen Zuwiderhandelnde trotz der Ein-

---

[78]) Siehe auch Anm. 57.
[79]) Handbuch II. S. 162.
[80]) Das österr. Crim. R. II. S. 194.

willigung des zunächst Betheiligten dem Strafgesetze [81]). A., welcher den B. vorsätzlich tödtet, bleibt Mörder, mag nun die Tödtung mit oder ohne Einwilligung des B. geschehen sein; nur ist es angezeigt, im ersten Falle eine geringere Strafe eintreten zu lassen, als im zweiten, weil dort blos der allgemeine Wille, hier aber überdieß noch der besondere Wille des Einzelnen verletzt wird [82]).

Was es die verschiedenen deutschen Strafgesetz betrifft, so räumt das St. G. Baierns v. 1813 der Sodomie nach dem Vorbilde des code pénal (art. 331 ff.) keine selbstständige Stellung ein, sondern verbindet sie mit der Nothzucht, indem es im art. 186 erklärt: „wer eine Person weiblichen Geschlechtes ... durch körperliche Gewalt oder durch Drohungen .... zur Unzucht (nicht blos Beischlaf) nöthiget, ingleichen Derjenige, welcher, um widernatürlicher Wollust willen, solche Gewaltthat an einer Mannsperson verübt, ist der Nothzucht schuldig." Je nach den Folgen ist der Strafsatz höher oder geringer; härtere Strafe tritt auch nach den art. 206 ff. ein, wenn zu derlei Acten verleitet wird von Seite der Eltern, Vormünder, Erzieher u. s. w. Ohne Gewaltanwendung wird widern. Unz. als Verbrechen nach art. 191 bestraft, wenn sie an Knaben oder Mädchen unter 12 Jahren begangen wird.

Dem bairischen St. G. im Wesentlichen gleichlautend sind die Bestimmungen des früheren oldenburgischen St. G. v. 10. September 1814 in den art. 191, 211, 212, 195 u. s. w. Das gegenwärtige St. G. für Oldenburg v. 3. Juli 1858 schließt sich nach dem Inhalte der Motive im Hinblick auf eine künftige gemeinsame deutsche St.-Gesetzgebung, welcher das preußische St. G. zur Grundlage dienen soll [83]), an dieses an, weßhalb wir von demselben weiter keine Notiz nehmen.

---

[81]) Berner Lehrb. S. 125.

[82]) Siehe die Strafgesetze für Württemberg v. 1839 art. 239; Sachsen-Altenburg vom 3. Mai 1841 (d. i. das frühere königl. sächs. St. G. vom 30. März 1838, jetzt nur mehr in Sachsen-Altenburg giltig) im art. 125; Braunschweig vom 10. Juli 1840 art. 147 (seit 18. Juli 1843 auch in Lippe-Detmold eingeführt); Hessen-Darmstadt von 1841 art. 257; Nassau art. 250; Baden von 1845 §. 207; Sachsen v. 1855 art. 157. Die Strafgesetze von Oesterreich und Preußen berühren diese Frage gar nicht; hier gilt demnach die Regel, wie bei jedem andern Morde.

[83]) Siehe hierüber die von Freiherrn v. Groß herausgegebenen Hefte: Die Strafrechtspflege in Deutschland. 4. Heft (1858), S. 11 ff. Ob gerade das preußische Strafgesetz bei seinen vielfachen dem französischen Rechte

Die St. G. für S.-Altenburg (art. 308), Braunſchweig (art. 195), Heſſen-Darmſtadt (art. 338) und damit conform jenes für Naſſau (art. 331) enthalten ſich jeder Begriffsbeſtimmung oder Specialiſirung der widern. Unz., laſſen aber je nach dem Alter des Mißbrauchten, der angewendeten Gewalt, und den Folgen verſchiedene Strafgrade eintreten; doch beſchränken auch ſie, ſowie das früher erwähnte bairiſche St. G., die Sodomie keineswegs auf Perſonen desſelben Geſchlechtes.

Dagegen bedroht das würtembergiſche St. G. im art. 310 die widernatürliche Unzucht nur

a) im Falle eines dadurch erregten öffentlichen Aergerniſſes, und

b) auf Klage des Beleidigten mit Strafe.

Von Amtswegen wird nach art. 300 nur ausnahmsweiſe vorgegangen.

Dieſe Beſchränkungen können wir nicht billigen.

Was es die erſte Beſchränkung betrifft, ſo haben wir allerdings Mittermaier's gewichtige Autorität gegen uns [84]); allein trotzdem ſcheint uns obige Beſchränkung nicht gerechtfertigt zu ſein.

Allerdings ſind auch wir Mittermaier's Anſicht, daß nicht die Immoralität und Rohheit den Grund der Strafbarkeit unſittlicher Acte abgeben könne; doch ſcheint uns auch das öffentliche Aergerniß nicht das einzig und allein maßgebende Merkmal der Strafbarkeit ſolcher Handlungen zu ſein.

Schon der Begriff des Erregens öffentlichen Aergerniſſes iſt zu unbeſtimmt. Sollen darunter nur jene Fälle gemeint ſein, in welchen die Handlung ſelbſt auf eine ſolche Weiſe geſchah, daß ſie ſchon bei der Verübung wegen des Ortes, wo ſie verübt wurde, und wegen der Gegenwart von Zeugen bei dieſen Aergerniß erregen mußte, ſo würde eine ſolche Auffaſſung einer völligen Strafloſigkeit ſehr nahe kommen; denn jeder moraliſch noch ſo tief Geſunkene kennt die Verworfenheit ſolcher Handlungen, und im

---

entlehnten Beſtimmungen das geeignetſte ſei, einer gemeinſamen deutſchen Codification zur Grundlage zu dienen, dürfte wohl mit Grund zu bezweifeln ſein.

[84]) Im Archiv des Criminalrechts 1835: Ueber Beſtrafung der Fleiſchesvergehen S. 258 und Note 2 zu §. 467 zu Feuerbach's Lehrbuch. Dieſer Anſchauung ſchließt ſich auch Maucher an in ſeiner Darſtellung der Quellen und Literatur der öſterreichiſchen Strafgeſetzgebung über Verbrechen u. ſ. w. Wien 1849, S. 317, Anm. 240.

Streben, in den Augen seiner Mitmenschen besser zu scheinen, als er wirklich ist, wird er sich wohl hüten, solche Handlungen an öffentlichen Orten, oder vor Zeugen zu begehen; dabei entsteht die weitere Frage, ob den Thätern auch das durch ihre Handlungsweise bei zufällig hinzugekommenen Personen erregte Aergerniß zu imputiren sei? Nimmt man an, daß den betreffenden Thätern, wenn sie den Act überhaupt nur an einem öffentlichen, oder sonst anderen Personen leicht zugänglichen Ort vornehmen, schon wegen der Wahl eines solchen Ortes, das bei den zufällig hinzugekommenen Personen hervorgerufene Aergerniß zugerechnet werden müsse, so gelangt man zu dem Resultate, daß eine Handlung, wenn zufällig Niemand die Thäter bei derselben überrascht, nach dem Gesetze straflos bleibt — weil sie eben kein Aergerniß erregt hat —, während wegen des zufälligen Dazwischentretens mehrerer Personen ein und dieselbe Handlung plötzlich zu einem Verbrechen gestempelt werden sollte.

Gibt man aber dem Begriffe des öffentlichen Aergernisses eine weitere Ausdehnung, und begreift man darunter auch solche Handlungen, die, wenn auch nicht in Gegenwart von Personen und nicht öffentlich verübt worden sind, durch ihr nachträgliches Bekanntwerden Aergerniß unter der Bevölkerung erwecken, so würden nach einer solchen Auslegung unter Umständen auch zwischen zwei Personen geheimbegangene widernatürliche Wollustacte bestraft werden, was doch, soviel es scheint, obige Beschränkung vermeiden will. — Es dürfte sich nun kaum rechtfertigen lassen, den Eintritt der criminellen Eigenschaft und Strafbarkeit einer Handlung von solchen Zufälligkeiten, wie das zufällige Hinzukommen mehrerer Personen, oder das nachträgliche Bekanntwerden abhängig zu machen. — Wird eine solche Handlung nachträglich nicht bekannt, dann ist ohnedieß auch von einer Strafamtshandlung keine Rede; wird sie aber bekannt, so erweckt sie bei allen sittlich denkenden Menschen gewiß Aergerniß und den Wunsch nach Bestrafung der Schuldigen.

Hiernach dürfte mit der Aufstellung des Grundsatzes, daß die naturwidrigen Unzuchtsacte nur dann strafbar seien, wenn sie öffentliches Aergerniß erregt haben, keine sichere, vielmehr eine höchst schwankende, von allerhand Zufälligkeiten abhängige Basis gewonnen sein.

Ein viel richtigeres Characteristikon der Strafbarkeit dieser Vergehen bildet die Untergrabung der Sitte, einer auch von Mit-

termaier a. a. O. anerkannten Hauptgrundlage der sicheren Rechtsverfassung.

Untergraben aber etwa solche der Sitte im höchsten Grade Hohn sprechende Acte nur dann dieselbe, wenn sie bei oder nach der That bei Andern Aergerniß erweckt haben, oder ist dieß nicht ebenso der Fall, wenn solche Acte zwischen mehreren Personen im Geheimen verübt, und im Geheimen Proselyten geworben werden? Ja wir behaupten, daß, wie der im Geheimen und Finsteren schleichende Feind der gefährlichste ist, auch solche Wüstlinge für die Gesellschaft um so gefährlicher sind, je geheimer sie ihre Fäden gesponnen haben, mit welchen sie nichts ahnende Unschuld in ihr Verderben bringendes Netz locken, und auf solche Weise die Sitte in der bedenklichsten Weise untergraben; diese Gefährlichkeit nimmt aber furchtbare Dimensionen an, wenn die Staatsgewalt solche im Geheimen an dem Lebensmarke des Staates, der Sitte, zehrende Wüstlinge mit Strasloſigkeit privilegirt.

Auf diese Weise dürfte der Staat der Sitte und Religion kaum jenen Schutz angedeihen lassen, den diese erheischen. Mit Recht sagt Roßhirt[65]), daß, weil die bürgerliche Ordnung alle Interessen des Lebens umschlingt, — Sicherheit, Freiheit, Sittlichkeit, Religion, geistiges und körperliches Wohl u. s. w. die strafende Gerechtigkeit überall hinreichen müsse, und daß es kein Zeichen der Cultur eines Volkes und seines Rechtes sei, wenn einzelne Interessen dem Zufalle des Lebens überlassen werden, da doch alle in das heilige Band der bürgerlichen Ordnung verschlungen werden sollen.

Anlangend die zweite Beschränkung des würtembergischen Gesetzes genüge die Hinweisung auf den öffentlichen Character des Strafrechtes, nach welchem das Interesse des Einzelnen hinter jenem der gefährdeten Gesammtheit zurücktritt, und dessen Willen es nicht überlassen werden könne, ob bei einer so gröblichen Verletzung des allgemeinen Willens eine bürgerliche Strafe eintreten solle oder nicht.

Ganz anders ist die Sache bei Ehrenkränkungen; hier hängt es stets von der höchst subjectiven Anschauung des Betreffenden ab, ob er sich durch eine Handlung oder Rede in seiner Ehre gekränkt erachte oder nicht, und ist daher die Beurtheilung einer solchen Handlung oder Rede stets von der Anschauung des Beschimpften abhängig.

---

[65]) Gesch. und Syst. I. S. 349.

Zur Erklärung dieser zweifachen Beschränkung mag vielleicht der Umstand dienen, daß der württembergischen Gesetzgebung ein Antrag vorgelegen ist, wornach alle Fälle der widernatürlichen Unzucht lediglich der Polizeistrafgesetzgebung überlassen werden sollten, daß daher — einem solchen Antrage gegenüber — die Regierung nicht in der Lage war, dem Begriffe der Sodomie die wünschenswerthe Ausdehnung zu geben, und nur bemüht war, wenigstens das Möglichste zu retten[86]).

Weiter läßt das württembergische Strafgesetz nach art. 296 die verschiedenen Strafabstufungen, wie bei der Nothzucht, je nach den Folgen eintreten, wenn „eine Frauens- oder Mannsperson zur naturwidrigen Befriedigung des Geschlechtstriebes durch Anwendung von Gewalt, gefährlicher Bedrohung oder arglistiger Betäubung ihrer Sinne mißbraucht wird". Auch hier ist das Verbrechen nicht beschränkt auf Personen desselben Geschlechtes. Nach der allgemeinen Bedeutung des Wortes „mißbraucht" sollte man meinen, daß hierunter auch onanieartige Acte begriffen seien; anderer Meinung ist C. F. Hufnagel[87]).

Nach art. 276 des hannöverischen St. G. v. 8. Aug. 1840 wird „die widernatürl. Unzucht" blos dann bestraft, wenn sie öffentliches Aergerniß erregt, oder solches mit Grund besorgen läßt, außer wenn sie mittels Zwanges, oder an einem Kinde verübt wird, wo sie auch ohne Voraussetzung eines solchen Aergernisses mit Freiheitsstrafe bedroht wird, deren Dauer von den Folgen, der Mannbarkeit der genöthigten Person u. s. w. abhängig ist.

Das Strafgesetz von Baden von 1845 normirt im Art. 335 rücksichtlich der Nothzucht die verschiedensten Strafabstufungen, und läßt nach den art. 336 und 337 diese Strafen auch eintreten bei arglistiger Sinnenbetäubung, bei Mißbrauch von Kindern unter 14 Jahren oder von Willens- und Bewußtlosen — auch ohne Anwendung von Gewalt oder Drohung —, und straft im art. 360 die Verführung von Kindern unter 14 Jahren zur Verübung anderer Unzuchtsfälle (außer Beischlaf) insbesonders strenge, wenn sie von Personen erfolgt, welchen die Kinder zur Pflege, Erziehung, Wartung, Seelsorge oder Unterricht anvertraut worden sind. Der von widernat. Unzucht handelnde art. 371 lautet: „Widernatürliche Unzucht, insofern nicht einer der im §. 360

[86]) Entw. eines St. G. für das Königreich Württemberg nebst Motiven. Stuttgart 1836. S. 388 ff.

[87]) In seinem Commentar zum württembergischen St. G. Stuttgart 1840 bis 1844. II. S. 278.

bezeichneten Fälle vorhanden ist, soll mit Arbeitshaus bis zu 2 Jahren, und wenn Gewalt gegen die mißbrauchte Person angewendet wurde, bei Dasein der Voraussetzungen des §. 335 oder der §§. 336 oder 337 von der dort gedrohten höheren Strafe getroffen werden." — Eine Beschränkung auf Personen desselben Geschlechtes findet sich auch hier eben so wenig vor, als in dem St. G. für Hannover.

Nachdem der Bestimmungen des rücksichtlich dieses Verbrechens sehr empfehlenswerthen thüringischen St. G. bereits früher gedacht worden ist, übergehen wir sofort zu dem preußischen St. G. Dieses enthält die bedeutendste Einschränkung der deutschen Strafgesetze, indem es, wie schon einmal bemerkt worden ist, als widernat. Unzucht (im art. 143, Waldek 138) nur jene erklärt, „welche mit Thieren oder zwischen Personen männlichen Geschlechtes verübt wird".

Behufs besserer Würdigung dieser Bestimmung muß bemerkt werden, daß die rheinischen Stände bei Berathung des Gesetzentwurfes beantragt haben, die Sodomie im St. G. ganz zu ignoriren und dieselbe lediglich dem eigenen Gewissen zu überlassen. — Diesen Antrag hat mit allem Rechte die Regierung verworfen, weil, wie es in den Motiven zum Entwurfe des preußischen St. G. v. 1847 (S. 56) heißt, die Sodomie von einer solchen Entartung und Herabwürdigung des Menschen zeige, und da, wo sie vorkomme, so gefährlich für die Sittlichkeit überhaupt und das öffentliche Wohl sei, daß das Strafgesetz nothwendig darauf Rücksicht nehmen müsse, selbst ohne die Strafdrohung von dem Eintritte eines öffentlichen Aergernisses oder von der Kränkung Dritter abhängig zu machen.

Wird dieß anerkannt, dann ist es wahrlich unbegreiflich, wie sich eine solche Einschränkung der Sodomie auf Personen männlichen Geschlechtes rechtfertigen lasse, da zweifelsohne auch widernat. Unzuchtsacte zwischen anderen Personen eben so die Sittlichkeit und das öffentliche Wohl gefährden.

Viel richtiger sagt in dieser Beziehung das St. G. für Sachsen im art. 357: „Wer sich der widernatürlichen Unzucht mit einem Menschen (ohne Rücksicht auf dessen Geschlecht) oder Thiere schuldig macht, oder sich zu derselben von Andern gebrauchen läßt, wird mit Gefängniß oder Arbeitshaus bis zu Einem Jahre bestraft." Wird sie aber unter erschwerenden Umständen, z. B. Gewalt, Seitens der Eltern, Vormünder u. s. w. begangen, so tritt die für solche Fälle in den art. 349—354 angedrohte höhere Strafe in Anwendung.

Am weiteſten geht das neueſte deutſche St. G., nämlich jenes für Baiern v. Jahre 1861, welches im Hinblick auf die tiefe Entſittlichung und große Gefährlichkeit, die die Verbreitung der widernatürlichen Unzucht für die moraliſche und phyſiſche Integrität der Bevölkerung äußert, im art. 214 jeden Mißbrauch einer Perſon männlichen oder weiblichen Geſchlechtes, welcher in anderer Weiſe, als durch Beiſchlaf, geſchieht, mit den in den art. 204—213 bezeichneten Strafen bedroht. Nach den Motiven des Entwurfes (München 1854, S. 394) ſoll der Ausdruck „Mißbrauch" andeuten, daß zum Thatbeſtande der Sodomie keineswegs eine beſtimmte Art widernatürlicher Wolluſtbefriedigung, namentlich eine ſolche erfordert werde, welche mit einem Eindringen in den Körper des Mißbrauchten verbunden iſt, ſondern daß jede Handlung, welche in irgend einer Weiſe geeignet iſt, die moraliſche oder phyſiſche Integrität des Mißbrauchten zu gefährden, oder zu verletzen, genüge.

Nach der allgemeinen Faſſung des ſächſiſchen und baieriſchen Strafgeſetzes iſt wohl kein Zweifel, daß ſie auch die Onanie als widernatürliche Unzucht anſehen.

Zum Schluſſe ſei uns geſtattet, einiger beherzigenswerther Worte Roßhirt's[88]) zu gedenken:

„Alſo können moraliſche Revolutionen Sitte und Recht erſchüttern; denn indem man eine ſchwere unrechtliche Handlung aus dem Reiche der Verbrechen ausſtreicht, erſchüttert man die Sitte, bringt man einen falſchen Ton in die Denkart des Volkes, und wenn ſo der ſeit Jahrtauſenden zuſammenſtrebende Roſt der Moralität, auf welchem das Gebäude der Menſchheit ruht, zu ſinken anfängt, dann vergehen Staaten und Völker im ſchmutzigen Schlamme der Untiefe."

Die Wahrheit dieſes Ausſpruches durch Beiſpiele zu belegen, dürfte der Geſchichte wahrlich nicht ſchwer fallen.

[88]) Geſch. und Syſt. III. S. 126.

X.

Verſuch, die Schwierigkeiten der L. 7. §. 1. D. soluto matr. 24. 3. durch Conjecturalkritik zu heben.

Vom Herrn Dr. Friedrich Brinckmann*).

§. 1.

Die in der Ueberſchrift bezeichnete Stelle **) zerfällt auf natürliche Weiſe in drei Theile. Der erſte geht von „Papinianus“ bis „in matrimonio fuit“, der zweite von „neque enim“ bis „retinebit“, der dritte

*) Der Anfang einer Abhandlung unter obigem Titel iſt ſchon im Jahre 1853 im Arch. f. civ. Praxis, Bd. 36, Nr. XV, erſchienen, die verſprochene Fortſetzung aber wegen Differenzen, die zwiſchen dem Verfaſſer und der Redaction entſtanden, unterblieben. Die Redaction dieſer Zeitſchrift hat ſich nun bereit finden laſſen, den Aufſatz aufzunehmen. In Betreff der Einleitung zu demſelben, welche die bisherigen Erklärungsverſuche kritiſirt, genügt es, auf das Archiv a. a. O. S. 431–463 zu verweiſen. Dagegen wird die daſelbſt S. 463–474 begonnene Erörterung über den Inhalt der L. 7. §. 1. cit. im Folgenden zum Theil, jedoch mit erheblichen Abweichungen, wiederholt, damit ſich dieſer Aufſatz als ein abgeſchloſſenes Ganze darſtelle.

**) Die Stelle lautet: Papinianus autem libro undecimo quaestionum divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit; neque enim, vi vindemiae tempore fundus in dotem datus sit eumque vir ex kalendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio retinere virum et vindemiae fructus et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Januarii divortium fiat et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

von „Itaque“ bis „relinquatur“. Wie sich schon aus einer oberflächlichen Betrachtung ergibt, findet zwischen diesen drei Theilen das Verhältniß statt, daß der erste eine allgemeine, in eine negative und positive Seite zerfallende Regel aufstellt, der zweite die negative Seite dieser Regel erörtert, und der dritte die positive Seite derselben. Der leitende Faden, welcher sich durch die ganze Stelle hindurchzieht, muß also in jenem ersten Theile enthalten sein. Wir werden daher diese zunächst einer näheren Erörterung unterwerfen, um uns auf diese Weise einen Weg durch die einzelnen Gedanken des Paragraphen hindurch zum richtigen Verständnisse der Schlußworte zu bahnen.

Nach den Worten des ersten Theils soll eine Erörterung über die Frage angestellt werden, der wievielste Theil von den aus einem fundus dotalis im letzten Jahre der Ehe (quo divortium factum est) gezogenen Einkünfte dem Manne gebührt, der wievielste der Frau (fructus dividi), und zwar unter der Voraussetzung, daß der fundus dotalis in der gedachten Zeit verpachtet ist. Es liegt nun klar vor Augen, daß unter diesen Einkünften (fructus) nicht Früchte im allgemeinsten Sinne des Wortes, noch solche im engeren Sinne, natürliche Früchte, verstanden sein können, sondern allein sogenannte civile Früchte, und zwar Pachtgelder (merces).

Die Möglichkeit dieser beschränkten Bedeutung von fructus kann nicht geleugnet werden*). Daß es aber hier so aufgefaßt werden muß, folgt unwiderleglich aus den Worten non ex die locationis; denn hieraus geht doch hervor, daß von Einkünften aus einem fundus die Rede ist, der während der Zeit, für welche sie bezogen wurden, verpachtet war, und zwar von Einkünften aus diesem fundus, welche der Eigenthümer, der Mann, resp. die Frau, in dieser Zeit gezogen hat, und das kann doch nichts Anderes sein, als die merces. Also dieß müssen wir zunächst bei der ganzen folgenden Auseinandersetzung immer im Auge behalten, daß es sich lediglich um eine Vertheilung der merces, die von dem Pächter des fundus dotalis gezahlt wird, handelt. Als allgemeine Regel über die Art der Vertheilung der merces wird nun mit Papinian's Worten die aufgestellt, daß derjenige Tag, an welchem der Mann den fundus verpachtet habe, nicht als Termin angesehen werden dürfe, von welchem an dem Manne eine Quote von dieser merces auszuwerfen sei, daß vielmehr auch die vor diesem dies locationis liegende Zeit mitberücksichtigt werden müsse.

*) Vgl. z. B. l. 29. de hered. pet. (5, 3); l. 62. de rei vindic. (6, 1); l. 36. de usur. (22, 1).

Diese Auseinandersetzung [illegible] ist aber einer deutlicheren Auseinanderlegung, namentlich seinem ersteren Theile nach, sehr bedürftig. [illegible] Und [illegible] übereinstimmen [illegible] in der folgenden Theorie unseres Gesetzes das Gesetzbuch diese entscheidenden Sätze jenem Gesetzbuche [illegible].

Diese ganze Erörterung Ulpian's kann für uns nur insofern Interesse haben, als man in der Regel Papinian's gesetzt ist, nur um die Frage von welchem Termine an die Incestehe der entscheidende sein soll, dem Manne eine Dame von der moralischen Seite des letzten unmittelbaren Verkehrs angemessen werden soll; und diese Wahrheit kann gar nicht zu oft wiederholt und nicht zu stark betont werden, weil man, wenn man diese Grundsätze verkennt, sich in der ganzen folgenden Auseinandersetzung und besonders in den Schlußworten nicht zurechtfinden kann und weil diese Grundsätze bisher immer übersehen worden ist.

Die Erklärung Ulpian's zerfällt in zwei Theile: 1. von den Worten „neque enim si" bis zu den Worten „quam iustum matrimonii modus aequum est". 2. von den Worten „neque si" bis zum Ende des Paragraphen. Zwischen beiden Theilen besteht das Verhältniß, daß in dem ersten Theile der erste negative Theil der Papinian'schen Regel, „non ex die [illegible]", seine Erörterung findet, in dem zweiten Theile der positive Theil jener Regel „sed habita ratione praecedentis temporis".

Ehe wir uns nun daran machen, die Exegese jedes der beiden Theile einzeln zu verfolgen, müssen wir eine Erörterung jener Regel und des von Ulpian behandelten Verhältnisses, ohne auf die einzelnen Theile desselben einzugehen, im Allgemeinen zunächst folgen lassen.

Wir glauben in der dem Schlußsatze „neque ... retinebit" vorangehenden Sätzen unseres Paragraphen so viel Material zu besitzen, daß wir mit Bestimmtheit angeben können, was, ganz abgesehen davon, wie jener lautet, nach der Verbindung desselben mit dem Ganzen darin ausgedrückt sein muß. Im Anfange unseres Para-

---

[1]) Es ist falsch, wenn gemeiniglich allgemein, z. B. von Cujacius, Glück, Vangerow, angenommen wird, auch die folgende Erläuterung „neque enim si — fuit" bis zum Ende des Paragraphen rühre von Papinian her. Ohnedies endet die indirecte Rede mit der Relation der allgemeinen Sentenz „quo mulier in matrimonio fuit", von da beginnt wieder die directe Rede und geht durch den ganzen Paragraphen (aequum est, retinebit, debebunt).

graphen ist nämlich eine allgemeine Regel hingestellt, eine Thesis; die Schlußworte enthalten offenbar eine conclusio aus jener Thesis und irgend einer Hypothesis. Diese Hypothesis ist aber in dem zwischen jenen beiden Endpunkten liegenden Theile des Paragraphen vermischt mit der falschen Entscheidung „ex die locationis" enthalten.

Wenn wir nun einestheils den Sinn und Inhalt jener Thesis, der Regel Papinian's, uns klar gemacht haben, anderentheils was die Hypothesis ist, das heißt, aus welchen Datis der Fall zusammengesetzt ist, welcher nach jener Regel entschieden werden soll, so müssen wir durch einfache Schlußfolgerung finden, was allein in jenem Schlußsatze ausgedrückt sein kann. Wir haben also zunächst zu untersuchen:

1. was jene Regel Papinian's ausdrücken soll,

2. aus welchem einzelnen Datis das Beispiel Ulpian's zusammengesetzt ist.

Was die erste Frage betrifft, so kann nach den früheren Auseinandersetzungen (im Arch. a. a. O.) eine Schwierigkeit nur in dem positiven Theile „sed habita ratione etc." gefunden werden, und diesen haben wir daher noch genauer auseinanderzusetzen. Das tempus diei locationis praecedens, quo mulier in matrimonium fuit, zerfällt in zwei Theile. Der eine geht von dem dies locationis rückwärts gerechnet bis zum Anfange des letzten Fruchtjahrs, der andere von diesem Zeitpunkte an bis zu dem in einem vorhergehenden Fruchtjahre liegenden Zeitpunkte des Eheabschlusses, oder, was hier dasselbe ist, der Dotalbestellung. Es fragt sich nun, ob etwa an unserer Stelle unter den Worten praecedens tempus außer jenem Theile auch der zuletzt erwähnte verstanden sein könnte. Wir glauben diese Frage entschieden verneinen zu müssen, und sind vielmehr der Ansicht, daß lediglich der zwischen dem dies locationis und dem Anfange des letzten Fruchtjahrs liegende Zeitabschnitt durch jene Worte bezeichnet ist.

Vor Allem weist hierauf hin das Wort ratio. Die passendste Bedeutung von ratio ist an dieser Stelle, wo es sich um eine anzustellende Berechnung handelt, jedenfalls „Rechnung", so daß die Worte „sed habita ratione praecedentis temporis" den bestimmteren Sinn haben von „sed praecedente tempore in rationem (oder computationem) inducto". Diese Bedeutung kann nun aber ratio nur dann haben, wenn praecedens tempus nur die in demselben Fruchtjahre liegende Zeit der Ehe bedeutet. Denn auf den Gedanken wird doch wohl Niemand kommen, daß auch die im vorangegangenen Fruchtjahre verflossene Zeit der Ehe, oder gar, wenn die Ehe länger als zwei Jahre gedauert haben

ſollte, noch weiter zurückliegende Jahre in die Zeit mit eingerechnet werden müßten, für welche dem Manne eine Quote aus der merces des letzten Jahres ausgeworfen werden ſoll. Es widerſtreitet dieſes Verfahren denn doch zu arg jenem Principe: „fructus toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, ratio habetur“.

Man könnte alſo höchſtens dann auf eine weitere Auffaſſung der Worte praecedens tempus kommen, wenn man auch ratio in einer weiteren Bedeutung nähme, ſo daß mit den fraglichen Worten nichts weiter ausgedrückt werden ſollte, als: die Früchte werden getheilt „mit Rückſicht auf“ die vorhergehende Zeit der Ehe. Eine ſolche Rückſicht auf die vorhergehende Zeit der Ehe bei der Theilung der Früchte des letzten Jahres könnte man nun aber auch ſchon darin finden, wenn etwa Fälle denkbar wären, wo die Früchte aus verfloſſenen Jahren mit der Quote der Früchte aus dem letzten Jahre zu einer Durchſchnittsrechnung zuſammengeworfen werden müßten, um daraus die dem Manne zu beſtimmende Quote zu berechnen; und unter dieſer Vorausſetzung könnte man dann auch das praecedens tempus auf vorvergangene Jahre beziehen wollen. Wollte man nun auch dieſen jedenfalls ſehr verſteckten Sinn noch neben jener von uns allein gebilligten Bedeutung in den Worten Papinian's finden, wie etwa diejenigen Interpreten unſeres Paragraphen, welche eine Durchſchnittsberechnung vertheidigen, geneigt ſein möchten, ſo würde dieß doch an der Auffaſſung unſerer Stelle nichts ändern, und würde man auch trotz dieſer Vorausſetzung zu demſelben Reſultate gelangen, zu welchem uns ſchon jene adäquateſte Auffaſſung der Worte „sed habita ratione praecedentis temporis“ hinführt. Dieſe ganze Suppoſition iſt jedoch zu unnatürlich, als daß wir uns veranlaßt ſehen könnten, darauf weiter Rückſicht zu nehmen. Sie ſcheitert nicht nur an der durch den ganzen Inhalt der Stelle geforderten Bedeutung von ratio, ſondern auch an der Erwägung, daß, wenn man auch die Möglichkeit annehmen wollte, daß Früchte vorhergehender Jahre mit denen des letzten Jahres in gewiſſen Fällen zu einer Durchſchnittsberechnung zuſammengeworfen werden müßten, dieſes Verfahren doch nimmermehr durch die Worte „fructus dividi ait“ ausgedrückt ſein könnte, nicht in einem Satze ausgeſprochen ſein kann, welcher wörtlich, auch wenn man ratio in einer möglichſt allgemeinen Bedeutung nimmt, doch nur ſagt, daß die Früchte des letzten Jahres mit Rückſicht auf die vorhergehende Zeit getheilt werden ſollten. Von einer Berückſichtigung einer Zeit bei einer Theilung, deren Normirung lediglich durch die Zeit gegeben iſt, kann aber nur in ſo

ferne die Rede sein, daß für vorhergehende Zeitquoten auch Fruchtquoten ausgeworfen werden.

Zum Ueberflusse können wir noch auf den §. 2 unseres Gesetzes hinweisen, zwischen dem und unserem Paragraphen der vollkommenste Parallelismus herrscht, wie aus der folgenden Nebeneinanderstellung ersichtlich ist.

§. 2.	§. 1.
E contrario[2]) quoque idem observandum est; nam si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit, et vir eundem ex Calendis Martiis locaverit et Calendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis	
sed **pro modo** temporis	sed **habita ratione** praecedentis temporis
quo dotale praedium fuit	quo mulier in matrimonio fuit
ex mercede retinebit.	**(fructus dividi ait).**
	fructus dividi ait non ex die locationis

Hieraus findet denn unser Passus „sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit" seine vollkommene Erklärung durch die Worte „pro modo temporis, ex quo dotale praedium fuit, ex mercede retinebit". Daß diese letzteren Worte aber etwas anderes bedeuten können, als was wir in den Worten habita ratione praecedentis temporis ausgedrückt finden, wird wohl Niemand behaupten. Demnach ist aber auch dieser selbe Sinn, und nur dieser, den letzten Worten beizulegen. Der Inhalt der Regel Papinian's ist also folgender:

Bei der Theilung der merces eines verpachteten fundus dotalis, welche derselbe im letzten Ehejahre einbringt, wird nicht von demjenigen Tage an, an welchem der Mann den fundus verpachtete, diejenige Zeit berechnet, für welche ihm eine Quote der merces ausgeworfen werden muß, sondern die ganze Zeit wird eingerechnet, welche die Ehe schon vorher in diesem selben Fruchtjahre bestanden hat, und also von

[2]) Der durch die Worte E contrario ausgedrückte Gegensatz wird unten, §. 7, seine Erledigung finden.

dem Anfange dieſes Fruchtjahres an jene Quote berechnet, wenn die Ehe ſchon in dieſer Zeit beſtand.

Dieſer Gedanke iſt nun zugleich das Thema, welches Ulpian im weiteren Verlaufe des Paragraphen abhandelt, dieſer der einzige Gegenſtand, um welchen ſeine Erörterung ſich drehen kann.

§. 2.

Wir kommen jetzt zu der Beſprechung des zweiten und dritten Theils unſeres Paragraphen, das heißt der Veranſchaulichung jener Regel Papinian's, welche Ulpian in einem von ihm gewählten Beiſpiele gibt. Hier handelt es ſich nun vorzüglich darum, daß wir uns klar machen, aus welchen Datis dieß Beiſpiel Ulpian's zuſammengeſetzt iſt, da in allen bisher verſuchten Interpretationen unſerer Stelle dieſe Data falſch aufgefaßt worden ſind.

Wir wollen daher, bevor wir zu der weiteren Darſtellung des Zuſammenhanges und der weiteren Entwicklung des Gedankens Papinian's in den beiden nun folgenden Theilen übergehen, die Erörterung jener Data des Beiſpiels zunächſt folgen laſſen, und daher, um dieſe feſtzuſtellen, das dazu nöthige Material aus beiden Theilen zuſammen herzuholen ſuchen.

Nach den Worten unſeres Geſetzes characteriſirt ſich das Beiſpiel folgendermaßen.

Die Frau hat dem Manne zur Zeit der Weinleſe einen Weingarten zur dos gegeben. Der Mann hat die Früchte des Weinberges geerntet, und darauf am 1. November denſelben verpachtet. Am letzten Januar des darauffolgenden Jahres iſt die Ehe aufgelöſt worden. Die ganze Zeit der Ehe hat vier Monate betragen.

Die Data nun, welche in dieſem Beiſpiele bisher nicht richtig aufgefaßt worden ſind, ſind: 1. die Zeit, zu welcher die Ehe abgeſchloſſen, oder, was an unſerer Stelle dasſelbe iſt, der Weinberg zur dos gegeben iſt, alſo der Anfangspunkt der Ehe; 2. die Zeit, zu welcher die Weinleſe auf dieſem zur dos beſtellten Weinberge abgehalten worden iſt. Wir wollen uns daher zur Erörterung dieſer beiden Punkte folgende zwei Fragen zu beantworten ſuchen:

1. An welchem Tage iſt die Ehe, von welcher die Rede iſt, geſchloſſen, die dos beſtellt worden?

2. Auf welchen Tag fällt die Weinleſe, die auf dem fundus dotalis gehalten worden, d. h. auf welchen Tag fällt das Ende des erſten Fruchtjahrs?

Alle Ausleger haben bisher in der größten Uebereinstimmung, ohne auch nur einen Zweifel in sich aufkommen zu lassen, gerade als wenn sich beide Punkte von selbst verständen, angenommen, der Eheabschluß und die Dotalbestellung seien am 1. October erfolgt, die Weinlese am Schlusse des October, so daß dann mit dem 1. November, demjenigen Tage, an welchem der Mann den Weinberg verpachtete, das neue Fruchtjahr begonnen habe [3]).

Wie willkürlich aber beide Annahmen sind, und welche Zeiten als die allein richtigen angesehen werden müssen, wird sich aus der folgenden Darstellung ergeben.

Richten wir unsere Aufmerksamkeit zunächst auf die Beantwortung der ersten Frage, an welchem Tage die Ehe abgeschlossen, die dos bestellt ist. Wir finden scheinbar eine zweifache Angabe darüber, unmittelbar in den Worten „vindemiae tempore", mittelbar in den Worten „Itaque si fine mensis Januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit", indem in diesen die Dauer der Ehe und der Schluß derselben bezeichnet ist, also durch Berechnung der Anfang gefunden werden kann. Die Ausleger haben sich nun bisher immer an diese letzte Angabe gehalten und daraus den Anfangspunkt zu bestimmen gesucht, offenbar in der Voraussetzung, daß jene erste Bezeichnung zu allgemein, zu unbestimmt sei, als daß daraus der Anfangspunkt entnommen werden könnte.

Nehmen wir einmal vorläufig an, diese Voraussetzung sei gegrün-

---

[3]) Siehe z. B. Glück, l. c. pag. 296. — Duaren. comment. ad h. l. oper. pag. 261. Vangerow, Leitfaden I. Bd., §. 220, II. a. Anf. Nur Puchta scheint, nach seiner Darstellung des Beispiels in seinen Vorlesungen §. 421 a. Anf. zu schließen, in Betreff des zweiten Punktes anderer Ansicht zu sein, und vielmehr irgend einen Tag vor dem 1. November anzunehmen. Er bestimmt aber nicht, welcher es ist, da bei seiner nach Dotaljahren zu normirenden Berechnung auf den Scheidepunkt beider Fruchtjahre nichts ankommt. Er geht in dieser Beziehung wie viele andere Interpreten unserer Stelle zu Werke, welche sich über den zweiten Punkt gar nicht aussprechen, und sich daher auch wohl die denselben betreffende Frage gar nicht zur Beantwortung vorgelegt haben. Mögen diese nun aber den 1. November als Anfang des neuen Fruchtjahres oder nur als dies locationis aufgefaßt und einen bestimmten Tag als Anfang des neuen Fruchtjahres sich nicht gedacht haben, jedenfalls steht so viel fest, daß sie dem 1. November eine solche Bedeutung beilegen, daß sie von ihm ab die Zeit abmessen zu müssen glauben, für welche dem Manne die Quote der merces gebühre. Mögen sie zu diesem Verfahren den einen oder den anderen Grund sich gedacht haben, beide sind gleich falsch. Der eine widerspricht, wie wir sehen werden, allen Nachrichten über die Zeit der Weinlese, der andere dem ganzen Zusammenhange des Paragraphen, namentlich den Anfangsworten auf's Entschiedenste (non ex die loc.), worüber weiter unten.

det, und sehen wir, auf welchen Tag wir denn als den Anfangspunkt der Ehe gelangen, wenn wir den zweiten Weg zur Auffindung desselben verfolgen. Denn mag es nun noch einen anderen Weg geben oder nicht, auch in jenem Falle, daß es noch einen anderen gibt, ist diese Untersuchung nicht überflüßig, da, wenn wir auf jedem von beiden Wegen zu demselben Resultate geführt werden, ein jeder die Probe für die Richtigkeit des anderen, das Resultat ein um so gewisseres ist.

Unser Gesetz sagt also, daß die Ehe im Ganzen vier Monate gedauert habe, und die Auflösung derselben am letzten Januar erfolgt sei. Daraus soll der Anfangspunkt berechnet werden. Wie nehmen wir nun die einzelnen Monate in Rechnung? Die sonst gewöhnliche Berechnung des Monats zu 30 Tagen ist hier offenbar unzulässig, und ist auch noch von keinem Ausleger versucht worden, da ja Alle einstimmig den 1. October als Anfang der Ehe annehmen, man auf diesen aber bei jener Berechnung des Monates zu 30 Tagen nicht kommen kann. Es bleibt dann aber nichts übrig, als daß wir diejenige Berechnung in Anwendung bringen, die in unserem Leben die gewöhnliche ist, und den Römern, wie aus l. 2. C. Theod. de decurion. (12, 1) hervorgeht, nicht unbekannt war. Sie besteht darin, daß der Monat als die Zeit von einem Monatstage bis zu dem gleichgenannten, d. i. gleichgezählten Tage des folgenden oder vorhergehenden Kalendermonates berechnet wird, ohne Rücksicht auf die größere oder geringere Zahl von Tagen, die zwischen jenen beiden Terminen liegen. Die Anwendung dieser Berechnung des Monates an unserer Stelle hat aber um so weniger Bedenken, als der Grund, warum diese uns so natürlich scheinende Berechnung bei den Römern nicht die regelmäßige war, wohl darin lag, daß von dem festen Zeitpunkte, nach welchem die einzelnen Monatstage gezählt wurden, zwei, nämlich die Nonae und Idus, nicht in jedem Monate auf denselben Tag fielen, an unserer Stelle aber nach den überall gleichfallenden Kalendae (pridie Kalendas Februarias wurde die Ehe gelöst) gerechnet werden sollte[4]).

---

[4]) So war denn auch der Fall, welcher dem Kaiser in der angeführten l. 2. C. Theod. de decur. (12, 1) zur Entscheidung vorlag, offenbar ein solcher, in welchem der Tag nach den Kalendae gezählt und benannt war, da es heißt: Quoniam dubitasti, utrum ex numero dierum an ex nominatione Kalendarum computari duorum mensium spatia debeant, forma publici juris observanda est, quae manifeste declarat, quid pro dierum diversitate praeceperit comprehendi, und es ist, wenngleich dieß Gesetz sich nicht ganz deutlich ausspricht, durch dasselbe doch sehr wahrscheinlich gemacht, daß die der natürlichen Anschauung so nahe liegende Messung des Monates von

Es ſtimmen nun auch in dem Punkte alle Ausleger unſerer Stelle überein, daß dieſe Berechnungsweiſe des Monates an unſerer Stelle anzuwenden ſei. Um ſo mehr muß es daher befremden, wie Alle auf den 1. October verfallen ſind. Sehen wir doch, daß im §. 2 unſeres Geſetzes — si — vir ex Kalendis Martiis eundem [sc. fundum] locaverit et Kalendis Aprilibus primis divortium fuerit sequutum, non solum partem duodecimam mercedis — retinebit, unzweifelhaft die Zeit ex Kalendis Martiis bis zu den Kalendae Apriles, und zwar ſelbſt dann, wenn an den Kal. April. das divortium erfolgte, als die duodecima pars anni, oder als mensis berechnet wird. Wenn alſo im §. 1 das divortium an den Kalendae Februariae erfolgt wäre, ſo würde unter den quatuor menses, quibus matrimonium stetit, freilich die Zeit ex Kalendis Octobribus bis zu den Kalendae Februar. zu verſtehen ſein. Nun erfolgte die Trennung aber ſchon suprema die mensis Januarii (fine mensis Januarii), alſo pridie Kalendas Februarias. Mithin ſind wir, wenn wir einmal aus den gegebenen Größen der Dauer und des Schluſſes den Anfang berechnen wollen und berechnen zu müſſen glauben, ohne beſondere Gründe nicht berechtiget, unter den quatuor menses wieder die Zeit von den Kalendae Octobres bis zu dem Tage pridie Kalendas Februarias zu begreifen, ſondern conſequent ſchon von pridie Kalendas Octobres an bis pridie Kalendas Februarias. Daß nach unſerer Art die Tage zu berechnen und zu benennen, jener der 30. September, dieſer der 31. Januar heißt, mithin die beiden Tage nicht gleichnamig ſind, kann uns nicht befremden, und darf nicht als Gegengrund angeführt werden, da es ſich einestheils an dieſer Stelle um ein Rückwärtszählen vom 31. Januar an handelt, und alſo ſelbſt nach unſerer Art, die Monatstage zu zählen und zu benennen, wir vom 31. Januar, vier Monate rückwärts gerechnet, wegen des fehlenden 31ſten Tages im September, auf keinen anderen Tag als den 30. September gelangen könnten, anderentheils aber, und das iſt das Weſentliche, weil nach dem römiſchen Zahlenſyſteme die beiden Tage (pridie Kalendas Octobres, pridie Kalendas Februarias) allerdings gleichnamig ſind.

---

dem beſtimmten Tage des einen Kalender-Monates bis zum gleichgezählten Tage des anderen auch bei den Römern wenigſtens dann Statt hatte, wenn der Tag nach den Kalendae benannt war. Noch weiter gehen einige Rechtslehrer, z. B. Gothofred (Comment. ad fr. 101. de R. J.), Savigny (Syſtem, Bd. IV, S. 342 fg.), Sintenis (practiſches gem. Civilr., Bd. I, §. 26, S. 234), welche überhaupt jene Berechnung als die regelmäßige ſchon nach römiſchem Rechte nachzuweiſen ſuchen.

So haben wir denn aus der Dauer und dem Schlusse der Ehe als Anfang derselben nicht den 1. October, sondern den 30. September gefunden.

Es lehrt nun aber der Augenschein, daß der Weg, den wir hier eingeschlagen haben, um den Anfangspunkt zu finden, nicht derjenige ist, auf welchen die Worte des Gesetzes selbst uns hinweisen, daß die Aufgabe, welche wir eben zu lösen suchten, nicht eine solche ist, welche das Gesetz selbst an uns stellte, und daß wir also in anderen Worten diese Zeitbestimmung zu suchen haben. Darauf weist zunächst schon der Umstand hin, daß die Worte et quatuor mensibus matrimonium steterit ziemlich am Schluße der Stelle, erst im dritten Theile bei der zweiten Entscheidung stehen, während doch der Anfangspunkt der Ehe ein so nothwendiges Moment im factischen Detail des Beispiels ist, daß es schon im zweiten Theile des Gesetzes bei der ersten Entscheidung „neque enim si — aequum est" nicht fehlen darf, also schon in diesem Satze erwähnt sein muß. Ferner die Einleitung des Satzes, in welchem jene Worte stehen, mit „Itaque", wobei es jedenfalls nahe liegt, daß auch die Worte et quatuor mensibus matr. st. nur eine Schlußfolgerung aus dem Vorhergehenden sind, besonders wenn man berücksichtiget, daß ja auch die zwischen „Itaque" und „et quatuor mens. matr. st." stehenden Worte: „si fine mensis Januarii divortium fiat" nichts Neues enthalten, sondern nur schon in der ersten Entscheidung Vorgetragenes wiederholen, und daß daher die Stelle folgendermaßen lauten muß: „Demnach, wenn die Scheidung Ende Januar erfolgt ist, und also die Ehe vier Monate gedauert hat ꝛc." Haben nun aber die gedachten Worte nicht die Bestimmung, den Anfangspunkt der Ehe zu bezeichnen, so können diese Function nur diejenigen Worte haben, die als Zeitangabe mit den Worten „in dotem datus sit" durch den Ausdruck des Gesetzes selbst verbunden sind, nämlich vindemiae tempore. Mit anderen Worten: wir werden durch jene Umstände genöthigt, zu untersuchen, ob denn die Voraussetzung, von welcher man allgemein ausgeht, und auch wir vorhin ausgehen mußten, um auf einem Umwege den Anfang der Ehe zu bestimmen, daß nämlich jene Worte vindemiae tempus zu vag seien, um daraus diesen Zeitpunkt zu entnehmen, in der That begründet ist, oder ob es nicht doch vielleicht eine Zeit bei den Römern gab, welche schlechthin als das tempus vindemiae angesehen wurde. Zu diesem Zwecke wollen wir diejenigen Nachrichten, welche uns von römischen Schriftstellern über die Zeit der Weinlese überliefert worden sind, hier zusammenstellen und einer genaueren Erörterung

unterwerfen. Dieſe Unterſuchung wird uns zugleich auch das Fundament für die Beantwortung der zweiten oben aufgeworfenen Frage abgeben, an welchem Tage die Weinleſe auf dem fundus dotalis gehalten worden iſt.

§. 3.

Am allgemeinſten drückt ſich Varro, de re rustica lib. I. cap. 34, über das tempus vindemiae aus, indem er ſagt:

Uvas autem legere et vindemiam facere inter aequinoctium auctumnale et Vergiliarum occasum.

Welcher Tag der der Vergiliarum occasus iſt, wird uns ſowohl von Varro ſelbſt lib. I. cap. 28 [5]), als auch ganz übereinſtimmend von Columella, de re rustica lib. II. cap. 8 [6]), geſagt.

Nach Varro läuft alſo die für die Weinleſe beſtimmte Zeit vom 23. September (IX. ante Kalendas Octobres) bis zum 24. October (IX. ante Kalendas Novembres) [7]).

Bei weitem beſtimmter ſpricht ſich ſchon **Columella** aus. In dem zweiten Capitel des 11. Buches de re rustica, welches über die verſchiedenen Zeiten handelt, in welchen die einzelnen landwirthſchaftlichen Arbeiten vorzunehmen ſind, finden ſich vier Notizen über die Zeit der Weinleſe, die wir hier der Ueberſicht wegen zunächſt unmittelbar nebeneinanderſtellen wollen. Er bemerkt 1. zu **Pridie Kalendas Septembres** (31. Auguſt): Quibusdam locis, ut in Baetica, maritimis regionibus et in Africa vindemia conficitur. — 2. zu **Tertio**

---

[5]) Dein ad aequinoctium auctumnale dies LXVII, cxin ad Vergiliarum occasum dies XXXII.

[6]) Absconduntur autem (sc. Vergiliae) altero et tricesimo die post auctumnale aequinoctium, quod fere conficitur nono Kalendas Octobres: propter quod intelligi debet, tritici satio dierum sex et quadraginta ab occasu Vergiliarum, qui fit ante diem IX. Kalendas Novembres.

[7]) Ganz dasſelbe berichtet Plinius, historia naturalis lib. XVIII, cap. 74: Justum vindemiae tempus ab aequinoctio ad Vergiliarum occasum. Es findet jedoch in der Angabe der Zahl der Tage, die zwiſchen jenen beiden Grenzen liegen ſollen, eine Abweichung von den Nachrichten des Varro und Columella ſtatt. Auf jene eben mitgetheilten Worte folgen nämlich noch die „dies XLIV“, während jene beiden Schriftſteller ganz übereinſtimmend nur XXXII haben. Mag nun aber dieſer Unterſchied entſtanden ſein und zu erklären ſein wie man wolle, jedenfalls können wir ihn, Angeſichts der völligen Uebereinſtimmung zwiſchen Varro und Columella, auch wohl in Berückſichtigung, daß dieſen Beiden als Scriptores rei rusticae eine größere Autorität in dieſem Punkte beizulegen iſt, als Plinius, gänzlich unberückſichtiget laſſen, und bei jenem aus Varro und Columella hervorgegangenen Reſultate ſtehen bleiben.

Idus Septembres (11. September): His diebus locis **maritimis et calidis** vindemia et cetera, quae supra scripta sunt, commode administratur. — 3. zu **Quarto Kalendas Octobres** (28. September): His diebus vindemiae **pluribus** regionibus fiunt. — 4. zu **Tertio et pridie Idus Octobres** (13. und 14. October): Per hos dies **frigidis** regionibus vindemia et cetera, quae supra scripta sunt, fieri solent.

Darnach umfaßt die im Allgemeinen zur Weinlese bestimmte Zeit die Tage vom 31. August bis zum 14. October. Der erste, zweite und vierte Zeitpunkt (31. August, 11. September und 14. October) werden aber augenscheinlich als Ausnahmen bezeichnet, die nur bei besonders günstig oder besonders ungünstig gelegenen Gegenden eintreten. Bei dem ersten und zweiten werden besonders heiße Gegenden (Baetica, maritimae regiones, Africa — maritimae et calidae), in denen also die Trauben ausnehmend früh reif sein müssen, bei dem vierten, „frigidae regiones", wo sich also die Reife verspäten muß, genannt. Daraus ergibt sich schon, daß der dritte Termin, der 28. September, als die eigentlich regelmäßige Zeit anzusehen ist, in der überall, sobald nicht die besondere Natur der Gegend eine Ausnahme nothwendig macht, die Weinlese vorzunehmen ist, und daher auch die Worte dieser Stelle „**pluribus regionibus**" nicht zu übersetzen sind „**in einigen** Gegenden", als wenn pluribus dasselbe bedeutete, wie compluribus, sondern bestimmt „**in den** mehreren Gegenden", das heißt: „**in der Mehrzahl** der Gegenden", „**in den meisten** Gegenden", gerade so, wie wenn **plurimis** regionibus dastände. Diese als Regel anzusehende Zeit beginnt mit dem 28. September und dauert nur bis zum 1. October exclusive, also vom 28. bis 30. September inclusive, denn der 1. October ist der nächstfolgende Tag in der Darstellung des **Columella**, bei welchem er wieder eine Notiz über landwirthschaftliche Arbeiten gibt (die genannten drei Tage werden also gemeint in den Worten „his diebus").

Diese Ansicht über die regelmäßige Zeit der Weinlese bei den Römern wird aber über allen Zweifel erhoben, wenn wir berücksichtigen, daß **Columella** zu dem ersten, zweiten und vierten Termine nur die einfache Notiz fügt, daß an diesen Tagen die Weinernte an Orten von der und jener Beschaffenheit abgehalten werde; hingegen zu dem dritten Datum, 28. September, er weitläufige Erörterungen über die Kennzeichen der Reife der Beeren (l. c.: „quarum maturitatem alii aliter interpretati sunt cet.") und fernere Rathschläge in Bezug auf

die bei der Weinlese vorzunehmenden Arbeiten folgen läßt. Ja er sieht diese Tage, vom 28. bis 30. September inclusive, als so specifisch für die Weinlese bestimmt an, daß er besonders davor warnen zu müssen glaubt, über dieser Hauptsache die anderen in dieser Zeit zu bewerkstelligenden landwirthschaftlichen Arbeiten nicht zu vernachlässigen (l. c.: „nec tamen haec cura totum avocet eum a cetera ruris cultura").

Alles das aber, was wir bisher auf Grund der Angaben Varro's und Columella's über die Zeit der Weinlese auseinandergesetzt haben, erhält seine letzte Vollendung erst durch eine Stelle aus **Cato, de re rustica, cap. 147.**, durch das uns hier mitgetheilte Formular einer venditio vini pendentis. Es heißt dort:

Hac lege vinum pendens venire oportet. Vinaceos illutos, et faecem relinquito. Locus vinis **ad Kalendas Octobr.** primas dabitur. Si non ante ea exportaveris, dominus vino, quid volet, facito.

Zunächst geht aus dieser Stelle hervor, daß allgemein bei den Römern die Weinlese so zeitig vorgenommen wurde, daß der Käufer von Trauben auf dem Stocke durch die lex contractus, bis zum 1. October den Weinberg wieder zu räumen, sich nicht belästigt fühlen konnte, vielmehr bis dahin nicht nur mit dem Geschäfte der Weinlese selbst, sondern auch dem des Kelterns und sonstigen sich daran anschließenden Arbeiten fertig sein, und Alles aus dem Weinberge herausgeschafft haben konnte. Es liegt also in dieser Stelle eine bedeutende, gewichtige Bestätigung der Nachricht Columella's und unserer Ansicht, wie die darin enthaltenen Zeiten in ihrem Verhältnisse zu einander aufzufassen sind, daß nämlich die regelmäßige Zeit der Weinlese nur bis zum Schluß des September läuft (am 1. October soll der Weinberg schon verlassen sein vom Käufer).

Diese Angabe Cato's ist aber um so bedeutungsvoller und im Vergleiche zu den beiden anderen Scriptores rei rusticae von um so größerer Beweiskraft für unsere Ansicht, als uns hier keine allgemeine theoretische Angabe über die regelmäßige Erntezeit überliefert ist, sondern wir hier einen Ausdruck des practischen Lebens, und zwar in der zuverlässigsten und sprechendsten Gestalt, in einem juristischen Geschäfte, vor uns haben, uns nicht gesagt ist, wann die Weinlese gemacht werden soll, sondern, wann sie wirklich gemacht wurde; anderentheils aber, weil diese Notiz von einem Schriftsteller herrührt, der als namhafter Jurist seiner Zeit das practische Leben kannte, und die Worte, die er seinem Formulare einverleibte, mit Bezug auf die nothwendigen recht-

lichen Folgen, welche aus einem Uebertreten der darin aufgestellten lex sich ergeben mußten, sicherlich genau vorher abgewogen hatte.

Wir können aber mit der größten Wahrscheinlichkeit noch eine andere Behauptung auf diese lex contractus des Cato bauen, die den nothwendigen Schlußstein zu unserer ganzen bisherigen Erörterung bildet.

Die lex contractus „Locus vinis ad Calendas Octobres primas dabitur; si cet." tritt in dem Berichte Cato's als Theil der venditio vini pendentis hervor. Es ist nun aber nicht zu verkennen, wie nahe mit diesem Contracte eine locatio vineae verwandt ist, indem beide in der Hauptsache, der Berechtigung einer von dem dominus verschiedenen Person, für eine Gegenleistung die Früchte des Weinberges zu gewinnen, gänzlich übereinstimmen. Ist es nun nicht im höchsten Grade wahrscheinlich, daß dieselbe lex contractus, welche sich auf die Zeit der Räumung des Weinberges durch den zur Gewinnung der Früchte Berechtigten bezog, eben so bei der locatio vineae vorzukommen pflegte, wie bei der venditio vini pendentis? Waren doch beide Berechtigte, der emtor vini pendentis und der conductor vineae, von dem Momente an, wo die emtio vini pendentis durch Einweisung des emtor in den Besitz des Weinberges realisirt wurde, ganz und gar in derselben Lage. Das Plus von Berechtigung aber, welches der conductor vineae dadurch erhielt, daß er schon früher im Besitze des Weinberges war und die ganze Cultur des Weines besorgen durfte, konnte um so weniger bewirken, daß ihm eine längere Zeit als dem emtor vini pendentis zur Weinlese vergönnt wurde, als er eben durch den vorhergehenden Besitz die Zeit der Weinlese durch sorgsame Pflege und zeitige Herstellung der nöthigen Vorbereitungen bei weitem mehr in Händen hatte, als der emtor vini pendentis.

War aber die Pachtzeit eines Weinberges mit dem 1. October exclusive zu Ende, so ist auch nichts natürlicher, als daß dieselbe mit dem 1. October begann, sowohl dann, wenn auf mehrere Jahre verpachtet wurde, in welchem Falle es sich von selbst versteht, als auch wenn nur auf Ein Jahr, da, wie uns die Scriptores rei rusticae ausführlich berichten, in jedem Monate in dem Weinberge Arbeiten vorzunehmen sind, z. B. nach Columella XI, 2, insbesondere im Monate October arbores ablaqueare, nec minus vineas, easdemque putare, itemque in arbustis vitem deputare, durch eine Verpachtung also, die später als am 1. October abgeschlossen wurde, der conductor möglicherweise in Nachtheil kommen konnte.

Also: wir können es hiernach als eine Sitte im römischen Leben annehmen, nicht nur daß das Fruchtjahr bei einem Weinberge vom 1. October bis zum wiederkehrenden 1. October lief, der Schlußpunkt eines jeden der 30. September war, sondern auch, dieser Anschauung entsprechend, daß die Weinberge vom 1. October des einen Jahres bis zu dem 1. October exclusive des folgenden oder noch späteren verpachtet wurden. Dieser zweite Punkt war hier schon hervorzuheben, wir werden davon aber erst weiter unten Gebrauch machen.

§. 4.

Kommen wir nun wieder auf unsere L. 7. §. 1. zurück und sehen wir zu, welche Anwendung zu ihrer Erklärung von den so eben gewonnenen Resultaten gemacht werden kann.

Zunächst stellt sich dann heraus, daß die Frage, welche die nächste Veranlassung zu der angestellten Untersuchung war, ob es nämlich bei den Römern eine bestimmte Zeit des Jahres gab, welche sie als tempus vindemiae bezeichnen konnten und wirklich bezeichneten, und wir demnach berechtigt sind, in diesen Worten unseres Gesetzes die bestimmte Angabe des Anfangspunktes der Ehe zu suchen, durchaus zu bejahen ist. Wir haben gefunden, daß die regelmäßige Zeit der Weinlese die letzten drei Tage des Septembers (28ster bis 30ster), mit einem Worte, der Schluß des Septembers war. Da aber die regelmäßige Zeit der Weinlese doch mehrere Tage umfaßt, wie es auch nicht anders als natürlich ist, so fragt es sich jetzt, ob Ulpian mit den Worten „tempore vindemiae", als Bezeichnung des Anfangs der Ehe, nur im Allgemeinen jene Zeit vom 28. bis 30. September hat ausdrücken wollen, ohne einen bestimmten Tag unter diesen besonders als Tag des Anfanges in's Auge zu fassen, oder ob jene Worte einen bestimmten Tag, und welchen Tag bezeichnen sollen, er es also nicht als gleichgiltig dahingestellt hat sein lassen, welchen einzelnen Tag man aus jenen drei Tagen herausgreifen und als Anfang der Ehe sich denken wolle.

Es läßt sich nun nicht leugnen, daß jene erstere allgemeinere Bedeutung die natürlichere ist. Auch scheint es bei einer oberflächlichen Betrachtung, als wenn wir durch den Sinn und Zusammenhang der Stelle eigentlich nicht genöthigt seien, sie zu verwerfen. Wenden wir nämlich zur Probe jene in unserem Paragraphen enthaltene mittelbare Bestimmung des Anfanges an, die uns in der Angabe des Schlusses als ultima dies mensis Januarii und der Dauer als quatuor menses

gegeben ist, so finden wir allerdings, daß, wenn wir genau zählen, wir nur auf Einen von jenen nach Columella als regelmäßige Zeit der Weinlese anzusehenden Tagen kommen, nämlich auf den letzten, den 30. September, wie wir dieß oben nachgewiesen haben. Wie wenig es indessen bei dieser Theilung der Dotalfrüchte auf eine ganz genaue Zählung der Tage und danach abzumessende Quote ankommt, geht theils aus der Natur der Klage hervor, mit welcher die Frau die dos zurückforderte und also jene Theilung veranlaßte[8]), aus dem bei diesem judicium eingreifenden freien arbitrium judicis im ausgedehntesten Sinne des Wortes, anderentheils weist schon das principium unserer selben lex 7. augenscheinlich darauf hin. In dem hier erläuterten Falle[9]) wird nämlich bei der Characterisirung der einzelnen Facta gar keine bestimmte Zeit der Dauer der Ehe angegeben. Diese scheint vielmehr Ulpian durch die Angabe hinreichend bezeichnet zu sein, daß am Tage vor der Weinlese der Weinberg dem Manne zur dos übergeben worden, daß dieser darauf die Weinlese vorgenommen, und bald darauf die Ehetrennung erfolgt sei. Hieraus bestimmt er nämlich, daß der Mann für Einen Monat die Früchte behalte, und für Elf Monate dieselben an die Frau herausgeben müsse[9a]), offenbar aus keinem anderen Grunde, als weil man aus jenen Angaben annehmen muß, daß die Ehe ungefähr Einen Monat gedauert hat[9b]).

Ulpian hätte es daher auch wohl gleichgiltig lassen können, welcher von den Tagen des tempus vindemiae der Anfang der Ehe in seinem Beispiele sein solle, ob der 28ste, 29ste oder 30ste. Denn auch wenn er an den 28sten oder 29sten gedacht hätte, würde er die Zeit der Dauer der Ehe immerhin als quatuor menses haben bezeichnen können, da, bei einem Bestehen der Ehe von vier Monaten, es auf eine solche geringe Differenz von einem oder zwei Tagen nicht ankom-

---

[8]) Die actio rei uxoriae als actio in bonum et aequum concepta wird in ihrem Einfluße auf die Entscheidung unseres Gesetzes unten näher geprüft werden.

[9]) Nam si mulier pridie vindemias doti dedit, mox sublatis a marito vindemiis divertit, non putat ei undecim duntaxat mensium fructus restitui, sed et impensas, quae, antequam portiones fructuum fiant, deducendae sunt.

[9a]) Natürlich, nachdem vorher die auf die Fruchterzeugung von der Frau verwandten Kosten von den Früchten abgezogen, und der Frau vorweg herausgegeben worden sind, was in unserem Gesetze besonders hervorgehoben wird, hier aber nicht in Betracht kommt.

[9b]) Das Verfahren ist denn auch dasjenige, welches dem Bedürfnisse der Praxis allein angemessen ist. Ein anderes wäre gar nicht durchzuführen.

men konnte, wenn es sich darum handelte, den Zeiten des Jahres, in welchen die Ehe bestanden hat und in welchen sie nicht bestanden hat, entsprechende Quoten der Früchte auszuwerfen [10]).

Trotzdem nun, daß wir diese Möglichkeit anerkennen, und auch bei Voraussetzung dieser Bedeutung jener Worte unsere Erklärung und Auffassung der Stelle ganz dieselbe bleibt, so halten wir es doch für richtiger, anzunehmen, daß Ulpian unter jenen scheinbar allgemeiner klingenden Worten einen bestimmten Tag gemeint hat, und zwar den 30. September.

Um die dafür sprechenden Gründe richtig zu würdigen, müssen wir hier die für das Verständniß der ganzen Stelle und insbesondere für die Beantwortung beider oben von uns aufgeworfenen Fragen wichtige Bemerkung vorausschicken, daß offenbar der ganze von Ulpian als Beispiel aufgestellte Fall nicht als ein einmal in der Praxis vorgekommener referirt wird (kein ex facto relatum ist), sondern in allen seinen

---

[10]) Wir werden hoffentlich nicht zu befürchten haben, daß man einen Widerspruch zwischen dieser Ansicht und dem Verfahren findet, wie wir oben aus der Dauer und dem Schlusse der Ehe den Anfangspunkt derselben berechnet haben, daß man uns also den Einwand macht, wie wir hier keinen Anstand nähmen, eine Zeit von mehr als vier Monaten durch die Worte „quatuor menses“ möglicher Weise bezeichnet zu finden, so stehe ja auch nichts im Wege, einen Zeitabschnitt, welcher Einen Tag weniger als vier Monate ausmache, unter jenen Worten zu verstehen. Zur Vermeidung jedes Mißverständnisses bemerken wir indessen Folgendes: Oben gingen wir von der bisher allgemein angenommenen Voraussetzung aus, daß der Anfang der Ehe durch Berechnung aus der Dauer und dem Schlusse gesucht werden müsse. Geht man aber von dieser Voraussetzung aus, so kann man auf keinen anderen Tag kommen, als den 30. September, jene Voraussetzung und dieses Resultat bedingen sich gegenseitig. Denn, soll einmal durch Rechnung etwas Bestimmtes aufgefunden werden, so muß auch genau gerechnet werden. In unserem Falle, wollte Jemand sagen: „Wenn ich vom 31. Januar vier Monate rückwärts rechne, so komme ich auf den 30. September, es könnte aber auch wohl der 27., 28. oder 29. September, oder andererseits vielleicht auch der 1., 2., 3. oder 4. October gemeint sein, da bei der Theilung der Früchte es auf einen Tag mehr oder weniger nicht ankommt“, ich sage, wollte Jemand so raisonniren, so würde das eine Absurdität sein. Etwas anderes ist es aber, wenn uns außer dem Endpunkte der Anfangspunkt unmittelbar bezeichnet ist, und es sich nun fragt, ob unter den gegebenen Voraussetzungen die zwischenliegende Zeit der Dauer als quatuor menses von Ulpian bezeichnet werden konnte, und wir dieß aus dem Grunde glauben bejahen zu dürfen, weil es auf ganz geringe Unterschiede in der Zahl der Tage nicht ankommen könne. Nun haben wir ja aber gesehen, daß jene ganze Voraussetzung, jene Aufgabe sei gestellt, durch Berechnung den Anfang zu finden, durchaus falsch ist, daß der Anfang uns unmittelbar durch das Gesetz selbst bezeichnet ist, und wir daher jetzt die Worte et quatuor mensibus matrimonium steterit von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus anzusehen haben, als es oben geschehen ist.

Theilen zum Zwecke der Verdeutlichung der Regel Papinian's von Ulpian fingirt iſt. Es geht dieß einestheils aus dem Umſtande hervor, daß eine allgemeine Regel, der Ausſpruch Papinian's, an die Spitze geſtellt iſt, und zur Erläuterung derſelben der ſpecielle Fall darauf folgt, alſo der Regel wegen der Fall geſetzt, nicht des Falles wegen die Regel zur Entſcheidung herbeigezogen iſt, anderentheils aus der Satzform, in welchem der Fall ausgedrückt iſt, den überall ſich wiederholenden Conjunctivis oder Futuris [11]).

Halten wir dieſe Natur des Beiſpiels im Auge, ſo werden wir uns leicht davon überzeugen, daß Ulpian an den 30. September als Anfangspunkt der Ehe gedacht hat.

Vergleichen wir nämlich die Fälle, welche im pr. §. 1. und §. 2. abgehandelt werden, ſo finden wir, daß Ulpian im pr. an einen beſtimmten Tag gedacht hat, und zwar an den Tag „pridie vindemias", daß er eben ſo im §. 2 einen ganz genau beſtimmten Tag herausgegriffen hat, indem hier „mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit", alſo postridie vindemias die dos beſtellt wurde. Der Fall, welchen unſer §. 1 behandelt, iſt alſo mitten zwiſchen einem Falle erörtert, wo gerade am Tage vor der Weinleſe die dos beſtellt worden, und einem andern, wo dieß unmittelbar am Tage nachher geſchehen war. Durch dieſe Stellung des §. 1 im Zuſammenhange des ganzen Fragments iſt es denn aber doch wohl mehr als wahrſcheinlich gemacht, daß Ulpian auch in ihm einen beſtimmten Tag gemeint hat, daß, wie in dem vorher behandelten Falle am Tage vor der Weinleſe, in dem nachfolgenden am Tage nach derſelben die Beſtellung der dos ſtattgefunden, ſo in unſerem Paragraphen ſelbſt dieß am Tage der Weinleſe ſelbſt geſchehen war. Um ſo mehr müſſen wir uns hiervon überzeugen, wenn wir berückſichtigen, daß Ulpian den Fall erſonnen hat. Dann lag ihm nämlich, um mit Schärfe die Gegenſätze hervorzuheben, ſehr nahe, in unſerem Falle die Facta ſo zu wählen, daß die Dotalbeſtellung und die Weinleſe in demſelben Tage ſich begegneten, wie wir dieß unten §. 5 noch näher nachweiſen werden.

Hatte nun Ulpian einen beſtimmten Tag im Auge, ſo kann dieß auch kein anderer als der letzte (30ſte) September ſein. Von den drei Tagen, welche gemeint ſein können (28. bis 30. September), hebt

[11]) In dem erſten Satze: datus sit, locaverit, retinebit; in dem zweiten: Itaque si ... divortium fiat, steterit, debebunt.

sich nämlich lediglich der letzte (30ste) durch seine Bedeutung so hervor, daß er das tempus vindemiae κατ' ἐξοχήν genannt werden kann, da der wesentliche Gesichtspunkt, von welchem in unserer Stelle das tempus vindemiae in Betracht kommt, der ist, daß es das Fruchtjahr abschließt, diesen Abschluß des Jahres aber nur der letzte jener Tage des tempus vindemiae darstellen kann. Ungefähr also in derselben Weise, wie der Schlußpunkt der Ehe in dem ersten Satze („neque enim — aequum est") zwar ganz genau als ultima dies mensis Januarii ausgedrückt, in dem folgenden Satze (Itaque si) aber viel allgemeiner in den Worten fine mensis Januarii als Schluß des Januar bezeichnet ist, so wird uns auch der Anfangspunkt in dem etwas allgemeinen Ausdrucke tempore vindemiae gegeben. Eben so wenig aber, wie wir dort berechtigt wären, wenn uns auch der Tag nicht als ultima dies mensis Januarii, sondern nur als finis mensis Januarii angegeben wäre, an einen anderen Tag als den letzten Januar, etwa an den 29sten oder 30sten, zu denken, so dürfen wir auch hier unter dem tempus vindemiae keinen anderen Tag als gerade den 30. September verstehen. Und um uns dieß noch mehr zu vermitteln, brauchen wir nur zu bedenken, daß ja in der That das tempus vindemiae den Schluß des September bezeichnet, und wir mit demselben Rechte den letzten Tag des September dadurch ausgedrückt finden müssen und dürfen, wie wenn Ulpian statt jener Worte fine mensis Septembris geschrieben hätte.

Eine Unterstützung dieser unserer Ansicht von dem Anfangspunkte der Ehe finden wir nun auch in der mittelbaren Bezeichnung desselben durch die Worte et quatuor menses matrimonium steterit. Denn, wenn gleich auch eine um wenige Tage längere Zeit als quatuor menses bezeichnet sein könnte, so ist doch nicht abzusehen, warum Ulpian, da er sein Beispiel lediglich ersonnen hat, nicht genau gezählt haben sollte, und wirklich den Tag als Anfang der Ehe gemeint haben sollte, welcher, genau gerechnet, vier Monate vor dem 31. Januar liegt, d. i. den 30. September. Wenn man will, kann man sogar den Worten quatuor mensibus etc. noch die Bedeutung beilegen, daß sie in gewissem Sinne explicativ sind. Man bemerke nämlich den Parallelismus. In beiden Sätzen, sowohl dem negativen (neque enim si — aequum est), als dem positiven (Itaque si), sind beide Zeitpunkte, Anfang und Schluß der Ehe, ausgedrückt. In jenem durch „tempore vindemiae" und „ultima die mensis Januarii", in diesem durch „fine mensis Januarii" und „quatuor mensibus etc.". Es findet nun aber das Verhältniß zwischen beiden Sätzen statt, daß, wie in jenem der An-

fangspunkt unbeſtimmter, der Schlußpunkt beſtimmter als im zweiten Satze bezeichnet iſt, ſo umgekehrt in dieſem zweiten Satze der Schlußpunkt unbeſtimmter und der Anfangspunkt beſtimmter als im erſten Satze. Wie alſo das fine mensis Januarii im zweiten Satze ſeine Erklärung findet durch ultima die mensis Januarii im erſten Satze, ſo das tempore vindemiae im erſten Satze auch ſeine Erklärung durch quatuor mensibus matrimonium steterit im zweiten Satze.

Nachdem wir ſo die erſte Frage in Betreff des Anfangs der Ehe erledigt haben, wenden wir uns zur Beantwortung der zweiten: an welchem Tage die Weinleſe von dem Manne gehalten worden iſt. Sie iſt implicite ſchon in der durch die erſte Frage hervorgerufenen Unterſuchung mitbeantwortet worden. Werfen wir einen Blick auf jene oben erörterten Nachrichten in Betreff der Zeit, in welcher die Weinleſe vorgenommen zu werden pflegte, ſo ſehen wir ein, daß die gewöhnliche Annahme, am Schluſſe des October habe der Mann die Weinleſe abgehalten, und der Anfang des zweiten Fruchtjahres falle alſo auf den 1. November, gänzlich unmöglich iſt. Denn ſelbſt wenn wir nur denjenigen Schriftſteller in's Auge faſſen, welcher ohne Diſtinguirung der verſchiedenen Localitäten, im Allgemeinen als die Zeit der Weinleſe den Zeitraum vom 23. September bis 24. October bezeichnet, kann jene Annahme nicht beſtehen. Mit den Angaben des Columella und Cato und den daraus gewonnenen Reſultaten läßt ſie ſich aber noch weniger in Uebereinſtimmung bringen, da nach beiden Schriftſtellern der 1. October als der regelmäßige Anfangspunkt des Fruchtjahres bei Weinbergen anzuſehen iſt [12]). Auch läßt ſich die-

[12]) Dieſer vollſtändige Widerſpruch zwiſchen den römiſchen Zeiten der Weinernte und unſerem Geſetze, ſofern man die Facta desſelben ſo, wie es bisher gewöhnlich geſchah, auffaßt, iſt von allen Schriftſtellern, welche für unſer Geſetz eine Interpretation aufzufinden ſich bemüht haben, allein dem Bachov von Echt aufgefallen. Schon er hat aus Plinius und der l. 2. C. de feriis (3, 12) gefunden, daß in Italien die Zeit der Weinleſe in den September falle, und daß der Anfang des October vielmehr der Schluß dieſer Zeit ſei. Er ſagt (Notae et animadversiones ad Treutlerum Vol. II. Disput. VIII. C. oper. pagin. 391): — Et vero vindemiarum tempus in mensem potius Septembrem in Italia incidisse videtur, vel quod Plinius scribit libr. 18. cap. 31. (dieß Citat iſt jedenfalls unrichtig, es iſt wahrſcheinlich cap. 74. gemeint, welches wir oben ſchon erwähnt haben) circa aequinoctium auctumnale vindemias fieri: vel potius quod Imperator in l. 2. C. de feriis a die 10. Calend. Septembr., qui idem est 23. Augusti, inchoat ferias vindemiales, ut principium Octobr. non initium sed finem vindemiarum fuisse oporteat. — Will Bachov daher die Schlußworte unſeres Paragraphen mit jener römiſchen Sitte, die doch Ulpian unmöglich bei der Wahl ſeines Beiſpiels ganz und gar außer Acht gelaſſen haben kann, in

selbe nicht dadurch halten, daß man etwa sagt, wenn auch jener Tag in der Regel den Anfang des Fruchtjahres bei Weinbergen gewesen sei, so könne es doch wohl sein, daß in unserem Falle ausnahmsweise erst am letzten October die Weinlese vorgenommen sei, und so der 1. November das neue Fruchtjahr angefangen habe.

Gegen diesen Einwand spricht ganz entschieden die durchaus fingirte Natur des Beispiels. Hierbei kann und darf man nur voraussetzen, daß Ulpian das, was als allgemeine Sitte im römischen Leben galt, gedacht und berücksichtiget habe, und wir sind daher durchaus berechtigt, das, was er weniger scharf ausgedrückt hat, aus jener Sitte zu ergänzen, und daher anzunehmen, daß die Worte tempore vindemiae nicht nur im Allgemeinen die Zeit bedeuten, welche als die für die Weinlese bestimmte anzusehen ist, sondern zugleich diejenige, welche zur Weinlese auf diesem speciellen zur dos bestellten Weinberge bestimmt war. Denn nur weil in dubio auf jedem einzelnen Weinberge die Weinlese in jenen Tagen vorgenommen wurde, konnten sie auch überhaupt als die regelmäßige Zeit der Weinlese bezeichnet werden.

Aber nicht nur durch diese allgemeine Erwägung werden wir darauf hingewiesen, daß Ulpian sein Beispiel mit Rücksicht auf jene römische Sitte zusammengesetzt und daher auch speciell bei dem in seinem Beispiele vorkommenden Weinberge angenommen hat, daß die Ernte auf demselben zu der durch die Sitte festgestellten regelmäßigen Zeit geschehen ist, sondern ganz besonders, wenn wir die Regel, welche er durch dieses Beispiel erläutern wollte, aus diesem Gesichtspunkte in's Auge fassen. Die Regel Papinian's behandelt einen Fall, wo im zweiten Fruchtjahre der fundus dotalis verpachtet ist. Nun haben wir ja aber oben bei der Erörterung der Stelle aus Cato, de re rustica, gesehen, daß die Römer nicht nur überhaupt den 1. October als Anfang des Fruchtjahres bei Weinbergen betrachteten, sondern daß sie

---

Einklang bringen, so sieht auch er sich zu einer Emendation genöthigt, indem er statt „quatuor mensibus“ „quinque mensibus“ lesen möchte. Wie willkürlich dieß aber ist, liegt auf der Hand, weshalb den auch Bachov selbst sich nicht getraut, jene Emendation festzuhalten. Außerdem wird durch dieselbe die Hauptschwierigkeit unserer Stelle, der Widerspruch des Schlusses mit dem Anfange (wie wir unten sehen werden), gar nicht gehoben. Jedenfalls ist aber die Erörterung unserer Stelle durch Bachov interessant als ein Zeugniß dafür, daß, sobald man nur die Anforderung an sich stellt, die Schlußworte derselben, wie sie uns überliefert sind, mit dem römischen Leben zusammenzudenken, man eine genügende Interpretation für dieselben gar nicht finden kann, und sich daher zu einer Emendation gezwungen sieht.

dieſe Sitte auch gerade bei der Verpachtung von Weinbergen in Anwendung brachten, ſie regelmäßig dieſelben vom 1. October bis zum wiederkehrenden 1. October verpachteten. Außer dem allgemeinen Grunde mußte alſo Ulpian in dem Umſtande, daß Papinian von einem verpachteten Weinberge ſprach, eine zweite beſondere Veranlaſſung finden, an jene Sitte die Facta ſeines Beiſpiels anzuknüpfen, und dieſem dadurch eine größere Anſchaulichkeit zu geben.

Gehen wir nun noch genauer auf den Inhalt der Regel Papinian's ein. Sie ſagt: Bei der Theilung der merces von einem locatus fundus dotalis ſolle das tempus diei locationis praecedens in diejenige Zeit mit eingeworfen werden, für welche dem Manne die Quote beſtimmt werden müſſe. Wollte nun Ulpian dieſen Satz an einem Beiſpiele veranſchaulichen, ſo mußte er nothwendig, er mochte im Uebrigen bei der Auswahl und Zuſammenſetzung der Facta ſo frei zu Werke gehen, wie er wollte, jedenfalls die Zeit des dies locationis ſo wählen, daß zwiſchen ihm und dem Anfange des Fruchtjahres ein Zwiſchenraum lag, welcher als praecedens tempus in die Zeit eingerechnet werden konnte, für welche dem Manne die Quote ausgeworfen werden ſollte. Es ſteht nun aber feſt, daß er als dies locationis den 1. November gewählt hat. Iſt es nun wohl möglich, daß er, wie man allgemein annimmt, als Zeit der Weinleſe auf dem fundus dotalis und mithin als Schluß des erſten Fruchtjahres den Schluß des October betrachtet hat? Auf dieſe Weiſe ergäbe ſich ja gar keine Zwiſchenzeit, deren Bedeutung als praecedens tempus veranſchaulicht werden könnte, der dies locationis würde unmittelbar auf den dies vindemiae folgen. Wäre er alſo von jener Vorausſetzung ausgegangen, ſo würde die Characteriſirung des 1. November als dies vindemiae vollſtändig unmöglich ſein. Umgekehrt leuchtet von ſelbſt ein, wie vortrefflich der 30. September als Tag der Weinleſe, und der 1. October als Anfang des neuen Fruchtjahres zu jener Regel und dem ganzen Detail des Beiſpiels paßt, wie leicht alſo Ulpian, wenn er nach Anleitung der römiſchen Sitte den 1. October als Anfang des neuen Fruchtjahrs annahm, auf den 1. November als dies locationis verfallen konnte. Er gewann dann nämlich durch dieſe Feſtſetzung nicht nur überhaupt ein praecedens tempus, ſondern dazu eines von einer derartigen Größe, welche ſich leicht in jede Rechnung einfügen und benutzen ließ, nämlich die Zeit von Einem Monate (1. October bis 1. November).

So ſteht denn feſt, daß der Mann auf dem fundus dotalis jedenfalls in dem als regelmäßige Zeit der Weinleſe geltenden Zeitabſchnitte

vom 28. bis 30. September die Weinlese abgehalten hat. Da also die Zeit derselben nicht später als am 30. September fallen kann, früher als der 30. September aber darum nicht, weil die Ehe erst am 30sten September geschlossen und der fundus zur dos bestellt ist, und der Mann in der Ehe die Weinlese vorgenommen hat, so ergibt sich demnach mit Nothwendigkeit, daß nur am 30. September selbst die Weinlese geschehen ist, daß also der Eheabschluß, Dotalbestellung und Weinlese auf Einen und denselben Tag, auf den letzten September fallen.

Und dieses Resultat wird denn auch schon ziemlich bestimmt durch unser Gesetz selbst in den Worten: si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit angedeutet, sobald wir uns nur davon überzeugt haben, in welchem Sinne die Worte vindemiae tempus aufzufassen sind.

(Schluß im nächsten Hefte.)

XI.

Ein Blick auf die rechtswissenschaftliche Literatur und den Zustand des Rechtsunterrichtes in Ungarn.

Vom Herrn Dr. Anton Rentmeister, Professor der Rechte an der k. Rechts-Academie in Großwardein.

I. Artikel.

Die österreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft sollte wohl, wie man schon aus ihrem Titel zu schließen berechtigt ist, die rechtswissenschaftlichen Interessen des ganzen, vieltheiligen und verschiedengestaltigen Reiches anregend, fördernd und weiterbildend umfassen; es dürfte gewiß aus dem Kreise ihrer Aufgaben und bisher bewährten wissenschaftlichen Bestrebungen nicht ausgeschlossen sein, den Erscheinungen und Bedürfnissen des practischen und wissenschaftlichen Rechtslebens auch derjenigen Reichstheile ihre Aufmerksamkeit zu schenken, welche in Folge der gegenwärtigen politischen Gestaltung des Kaiserstaates gerade in Ansehung der Gebiete von hervorragender Bedeutung aus dem Verbande der Rechtseinheit mit den westlichen Ländern herausgetreten sind †).

Die durch Umgestaltung des theils auf neue Grundlagen gestellten, theils auf die Linie früherer Entwickelungsphasen zurückversetzten

†) Gewiß! Die Redaction hat aber die ausreichende Unterstützung bisher nicht gefunden, so sehr sie es sich angelegen sein ließ, auch in dieser Richtung ihrem Programme gemäß zu wirken. Möge der Verfasser seinen Blick recht oft auf diesen Gegenstand werfen! Haimerl.

Rechtszustandes nothwendig hervortretenden mannigfachen neuen Impulse und nach festen Formen ringenden Rechtsgebilde; — die Beziehung der neuen Normen zu den beseitigten, die in die Gegenwart hineinreichenden Wirkungen des frühern, und diesem gegenüber der Klärungsproceß des neuen Rechtszustandes; — kurz das Bedürfniß, die neuen Bestandtheile des veränderten Rechtsstoffes zur klaren Anschauung und dessen specifische Differenz von den früher in Geltung gewesenen Sätzen zum vollen Bewußtsein zu bringen, das Neue mit dem Alten zeitgemäß zu vermitteln, dieß Alles — so sollte man meinen — müßte reichlichen Stoff zu Erörterungen und Ausführungen gewähren, die in dieser Zeitschrift ihren würdigen Platz finden könnten.

Wie kommt es aber, daß, während früher die Fälle gerade nicht zu den Seltenheiten gehörten, daß die Leser dieser Zeitschrift Beiträgen von Männern der Wissenschaft aus der östlichen Hälfte der Monarchie begegneten, — dieß seit dem Aufhören der Reichseinheit, wenige erfreuliche Ausnahmen abgerechnet, fast ganz aufhörte? Sollte es denkbar sein, daß die neugeschaffene Richtung solche Bahnen wandeln könne, die ganz und gar abseits liegen von der deutschen, resp. deutsch-österr. Jurisprudenz? Sollte wirklich die Rechtsliteratur in den westlichen „Königreichen und Ländern" allen und jeden Zusammenhang mit dem Rechtsleben in Ungarn aufgegeben haben, da letzteres von dem ersteren so gut wie gar nicht berücksichtigt wird? Oder ist umgekehrt die deutsche Rechtswissenschaft für uns völlig zur terra incognita oder tabula rasa geworden, mit der wir in gar keiner Verbindung und Beziehung stehen könnten?

Wir wollen hier ganz außer Betracht lassen, in wie ferne und ob die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechtes in Ungarn seit 1860 im Vergleiche mit der zunächst vorhergehenden Zeitperiode irgend welche Fortschritte gemacht, — auch uns in keine Betrachtung der Zustände einlassen, welche vor 1850, d. i. vor dem Beginne der österreichischen Gesetzgebungsperiode die herrschenden waren, obschon eine derartige Untersuchung gewiß nicht ohne allen Nutzen, und für die Würdigung unseres gegenwärtigen Rechtszustandes manche belehrende Seite darbieten müßte. Das aber kann als eine unleugbare Thatsache hingestellt werden, daß die Thätigkeit auf dem Gebiete der juristischen Literatur in Ungarn im jüngst verflossenen halben Decennium eine durchaus unbefriedigende, im Ganzen unfruchtbare gewesen, oder doch zum mindesten jenen Anforderungen bei weitem nicht entsprochen hat, welche die weittragenden legislativen Veränderungen nothwendig in

ihrem Schooße bargen. — Ein einfacher Hinweis auf andere vorgeschrittene Länder genügt, dieß darzuthun. Wenn z. B. in Deutschland das Bedürfniß nach legislatorischer Ordnung und Feststellung gewisser Gebiete und Verhältnisse des Rechtslebens sich fühlbar macht, und der Ruf nach Abfassung neuer oder Aenderung bestehender Gesetze ergeht, bemerkt man eine gleichzeitige rege wissenschaftliche Thätigkeit in Richtung auf den beabsichtigten Zweck; die veränderten Bedürfnisse und Anschauungen werden präcisirt, die neuen Gesichtspunkte festgestellt, die Principien erörtert und klar dargelegt; in gründlichen Abhandlungen Wesen und Ausführungsart legislativer Arbeiten auseinandergesetzt, Entwürfe und Vorarbeiten in Zeit- und Fachschriften discutirt, kurz alle einschlägigen Fragen so ausführlich besprochen, daß die Gesetzgebung bei Inangriffnahme neuer Operate zu deren gedeihlichem Abschlusse reichliches Materiale vorfindet. — Ist ein neues Gesetz erschienen, so knüpfen sich daran sofort eine Reihe von Commentaren, Erläuterungen, Darstellungen u. s. f., die allseitig den Uebergang desselben in das practische Leben vermitteln.

Welch' reiche Literatur hat nicht schon das jüngst erschienene Handelsgesetzbuch an's Licht treten lassen! Im Hinblick auf diese Erscheinung müssen wir hingegen ohne Bedenken aussprechen, daß seit dem Zustandekommen der bekannten Judex curial-Conferenzbeschlüsse in Ungarn über alle Theile und Fragen der gesammten Rechtswissenschaft nicht so viele Werke oder Abhandlungen erschienen sind, als das genannte Gesetzbuch allein in Oesterreich und den übrigen deutschen Staaten aufzuweisen hat.

In der dargelegten Beziehung ist es überhaupt um unsere Verhältnisse recht traurig bestellt. — Weitläufige Vorarbeiten waren bei der präcipirten Durchführung der neuen Institutionen natürlich schon an sich nicht denkbar in einer von politischen Strebungen ausschließlich dominirten Zeitepoche; aber auch seither ist so wenig geschehen, daß obige Behauptung kaum einem Zweifel unterliegen kann.

Zum Beweise dessen nun, wie arm, man möchte fast sagen armselig, die juristische Literatur seit 1860 hierlands geblieben ist, möge es verstattet sein, die seither erschienenen uns bekannt gewordenen Werke — und es dürfte kaum ein nennenswerthes literarisches Product dem Schreiber dieser Zeilen unbekannt geblieben sein — einer ganz allgemeinen Betrachtung, ohne näheres kritisches Eingehen in's Detail, zu unterziehen, wobei uns ausschließlich das Streben leiten soll, die zu berührenden literarischen Producte nur unter den Gesichtspunkt der

gegenwärtigen Rechtswissenschaft überhaupt zu stellen, beziehungsweise zu zeigen, ob und in wie ferne unsere Literatur sich auf das Niveau der modernen Wissenschaft bereits zu erheben vermochte oder nicht.

Wir beginnen mit den das Privatrecht behandelnden Werken. — Es erschienen (in ungarischer Sprache):

a) Das System des ungarischen bürgerlichen materiellen Privatrechtes, von Dr. J. v. Suhayda, königl. Statthaltereirathe und Mitgliede der ungarischen Academie der Wissenschaften. Pest 1864 (XIV und 459 S. in 8°.).

b) Das ungarische Privatrecht, von Valent. Ökrösz. Pest 1863. 8°.

c) Ungarisches Privatrecht, von Adolf Kassay. Preßburg 1862. 12°.

d) Dauscher: Das ungarische Civil- und Strafrecht. Wien 1862.

Ein Werk, das, schon früher begonnen, erst kürzlich complett erschien, nämlich das des Debrecziner Professors Kallós, wollen wir hier, als fast ausschließlich den Standpunkt des ungarischen Privatrechtes vor 1850 und die damalige Methode vertretend, absichtlich bei Seite lassen [1]). Es ist dieses Werk, obschon mit unbestreitbar gründlicher Kenntniß aller Quellen des positiven älteren ungarischen Privatrechtes geschrieben, doch kaum etwas anderes, als ein großartiges Conglomerat von Distictionen und Enumerationen, welche uns oft jeden allgemeinen Gesichtspunkt und feste Principien, aus denen sich das System ergeben könnte, vollständig vermissen lassen, und oft in eine dürre, unfruchtbare Casuistik sich verlaufen.

Was nun zunächst die übrigen genannten Werke insgesammt characterisirt, ist ein gewisses Nebeneinanderreihen und Durcheinanderwerfen längst abgestorbener unpractischer Sätze und Institute und der durch die moderne Privatrechtswissenschaft gewonnenen, dem gegenwärtigen Rechtsleben entstammenden und darum ihm allein entsprechenden Anschauungen. Es wird in allen diesen Büchern nach Maßgabe des Planes und der Darstellungsweise bald kürzer, bald ausführlicher gehandelt von Dingen, die, einer längst entschwundenen Schöpfungsperiode des Rechtes angehörend, sich in der Darstellung des gegenwärtig geltenden Privatrechtes ganz sonderbar ausnehmen. —

[1]) Eine neue Ausgabe davon, mit Berücksichtigung der Judexcurial-Conferenzbeschlüsse, war mir, als ich diese Zeilen schrieb, noch nicht zu Handen gekommen.

Wir lesen in diesen Büchern von dem Begriffe, dem Erwerbe und den Privilegien des Adels; sodann von der rechtlichen Natur des adeligen (Grund-) Besitzes, von den königlichen Donationen und deren verschiedenen Arten, von avitischem und acquirirtem, d. i. ererbtem und erworbenem Vermögen; von Erneuerung- und Bestätigung veralteter königlicher Schenkungsurkunden; von den Beschränkungen der Dispositionsbefugniß und den rechtlichen Wirkungen der Rechtsgeschäfte bezüglich des durch Donation oder Erbgang erworbenen Vermögens; von der Erwerbung des adeligen Grundbesitzes durch Uebertragung Seitens des bisherigen Besitzers vermittels der sogenannten fassio perennalis, eine Art gerichtlicher Auflassung des deutschen Rechtes; von den zur Ausstellung öffentlicher Urkunden über adeligen Grunderwerb ꝛc. allein berechtigten Körperschaften, den sogenannten loci credibiles; — es wird sodann der eigenthümliche altungarische Pfandbegriff und das Pfandrecht vom alten Standpunkte und nach alter Manier abgehandelt, von den Urbarialgiebigkeiten, dem früheren Unterthanenverhältnisse, von den sogenannten kleineren Regalien, von der Commassirung und anderen Dingen gesprochen, die zum großen Theile ihre practische Bedeutung durch Wegfall ihrer rechtlichen Basis, ihrer thatsächlichen Voraussetzungen längst verloren haben, oder zum Theile wenigstens nicht in das Privatrecht gehören.

Von den angeführten Rechtsinstituten wird nun zwar allerdings zumeist nur als von früher bestandenen gesprochen; allein die Grenzlinie zwischen altem und neuem, zwischen dem geltenden und entschieden beseitigten ist durchwegs nirgends genau markirt; und eben dieser Umstand ist es hauptsächlich, der jene gewisse Verschwommenheit der Begriffe bei unseren Practikern zu allermeist verursacht. — Aber auch die Behandlung der unzweifelhaft practischen Institute des Privatrechts seitens unserer Schriftsteller bietet ein wenig erfreuliches Bild dar. Bei den einzelnen Materien werden ganz einfach die zumeist spärlichen Bestimmungen der einschlägigen Reichstags-Gesetzartikel und Judex curial-Conferenzbeschlüsse angeführt, die Lücken, wenn und wo sie überhaupt zum Bewußtsein des Verfassers gelangt sind, durch die wortgetreue oft auch nur auszugsweise Mittheilung der Bestimmungen des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches zu ergänzen getrachtet; ein Streben also, das blos Historische und das wirklich geltende Positive auseinanderzuhalten, läßt sich in den angezogenen Schriften nicht verkennen und tritt besonders in dem schon an sich ausführlichsten und verdienstvollsten unter denselben, dem Werke Suhayda's, am entschiedensten

hervor. Allein die unvollkommene, oft höchst mangelhafte Durchführung dieses Strebens ist es eben, was Jeden, der nicht blos Schüler und Anfänger in der Rechtswissenschaft, sondern mit einem auch nur einigermaßen vorgeschrittenen civilistischen Wissen ausgerüstet ist, sich an die Lectüre dieser Werke macht — es sei nun, um sich die theoretische Kenntniß des ungarischen Privatrechtes anzueignen, oder sich für die Rechtspraxis Raths zu erholen — höchst unbefriedigt lassen muß. Auch bei einem nur flüchtigen Lesen drängen sich hunderte von Fragen auf, für welche wir vergebens eine Antwort suchen. — Wenn wir ein Buch zur Hand nehmen, das sich den Titel „Ungarisches Privatrecht" oder „System des ungarischen Privatrechtes" gibt, so wollen wir nicht nur — und die Berechtigung zu dieser Erwartung dürfte kaum Jemand in Zweifel ziehen — erfahren, was haben die alten Gesetze über diesen und jenen Gegenstand bestimmt, oder die ältere Doctrin rücksichtlich desselben gelehrt; was verordnet das neue Gesetz hierüber und welche Vorschriften enthält das österr. bürgl. Gesetzbuch über diese oder jene von den ungarischen Gesetzen offen gelassene Frage? Wir erwarten vielmehr eine Darstellung des ganzen positiven Privatrechts, eine Besprechung aller wichtigeren, durch die Anforderungen des Verkehrslebens aufgeworfenen, so wie durch die theoretisch-consequente Erforschung des vorhandenen Rechtsstoffes sich nothwendig aufdringenden Fragen, nicht eine bloße Mittheilung der Bestimmungen der Gesetze; wir wollen nicht blos erfahren, was Gesetz ist, sondern was allenthalben und überall Rechtens sei. Es muß wahrlich traurig stehen um unsere civilistische Wissenschaft, wenn das Bewußtsein von dieser Aufgabe noch nirgends zum vollen Durchbruche gekommen ist und demnach die Lösung derselben noch in so weiter Ferne steht!

Der Mangel des eigentlichen wissenschaftlichen Geistes ist es, der diesen Werken anhaftet; wir vermissen jenes geistige Durchdringen und Entfalten der positiven Rechtssätze vermittelst Darlegung aller ihrer Consequenzen; jenes Erfassen derselben in ihrem Wesen, ihrem Zusammenhange und ihrer Wechselwirkung auf einander, welches das unerläßliche Kriterium jedes systematischen Werkes sein muß. Soll die Selbstständigkeit des ungarischen Privatrechts nicht zur Selbsttäuschung, zur angenehmen Illusion werden, und wir in Folge der in Theorie und Praxis gleichmäßig herrschenden Lückenhaftigkeit und Ungewißheit nicht früher oder später gezwungen sein, um zu einem sicher basirten Rechtszustande zu gelangen, das österreichische Gesetzbuch oder irgend einen andern

Privatrechtscodex zu adoptiren, so muß unsere Wissenschaft, die bisherigen Bahnen entschieden verlassend, sich zu einem ungleich höhern Standpunkte emporarbeiten. Dieß kann nur dadurch erreicht werden, daß wir das vorhandene dürftige Materiale der positiven Rechtssätze gleichsam nur als die Pfeiler und Grundmauern in dem noch zu errichtenden Gebäude betrachten, wozu wir die Bausteine aus dem ganzen großen Gebiete der so umfangreichen Privatrechtswissenschaft zum großen Theile freilich noch mit großer Anstrengung werden herbeischaffen müssen. Es muß uns in einem Systeme des ungarischen Privatrechts gezeigt und nachgewiesen werden, was eigentlich originell und specifisch-ungarisches Rechtsproduct sei, worin die specifische Differenz vom österreichischen und anderen Rechtssystemen bestehe, wie weit die Consequenzen der einzelnen Rechtsregeln reichen, ob sich aus dem vorhandenen, dem Rechte seinen eigenthümlichen Typus verleihende Grundanschauungen gewinnen lassen; es müssen die Lücken des positiven Rechts nicht nur klar aufgedeckt, sondern auch zu zeigen wenigstens versucht werden, ob dieselben nicht durch die Behelfe der rationellen Interpretation zu beseitigen, auszufüllen seien; es müssen die einschlägigen Controversen in Berücksichtigung gezogen und die reiche Privatrechtsliteratur viel umfangreicher benützt werden, als dieß bisher von irgend welcher Seite her geschehen ist. — Die Lückenhaftigkeit der Legislation läßt sich nicht leugnen. Einzelne Verhältnisse haben vermöge des eigenthümlichen Entwickelungsganges der ungarischen Privatrechtsgesetzgebung ihre nähere Normirung gefunden; anderer, mitunter der allergewöhnlichsten, Rechtsverhältnisse geschieht in sämmtlichen Gesetzen kaum Erwähnung [2]). Dennoch ließe sich meines Dafürhaltens bei dem richtigen Vorgange auch bezüglich letzterer durch gehörige Analyse gar mancher Rechtssatz als mit im Gesetze enthalten, folglich mit demselben zugleich als bestimmt ausgesprochen, herausfinden, den man bei der bisherigen Methode, die die Gesetze aus sich selbst erklärt und nur an sich selbst betrachtet, nimmermehr zu erkennen vermag.

Diese allgemeinen Bemerkungen mögen durch Hinweisung auf einige bestimmte Verhältnisse näher beleuchtet werden.

Bekanntlich hat die ungarische Gesetzgebung das Obligationen-

---

[2]) Das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle kann nach den jetzigen Verhältnissen noch kaum in Betracht kommen; worüber auch Professor Paul Hoffmann in der österr. Ger.-Ztg. seinerzeit das Richtige bemerkt hat.

recht am stiefmütterlichsten bedacht; es ist bekannt, daß unsere Gesetze über eine Reihe der allerwichtigsten obligatorischen Rechtsverhältnisse so gut wie gar keine Bestimmungen enthalten; ja die ältere Gesetzgebung ist auf diesem Gebiete über einige ganz allgemein gehaltene und gerade wegen dieser Allgemeinheit und Unbestimmtheit völlig unbrauchbare Normen, als da sind: Verträge müssen gehalten werden; unmögliche oder den Zweck und die Wirkung des Hauptgeschäftes vereitelnde Nebenverabredungen dürfen nicht getroffen werden; die Sache muß mit ihren Vortheilen übergeben, aber auch mit ihren Lasten übernommen werden u. dergl. mehr, nicht hinausgekommen; — eine Mangelhaftigkeit, die besser als alles Andere die früheren Rechtszustände characterisirt und eine getreue Abspiegelung des ganz und gar unentwickelten Verkehrslebens war. Das ältere Recht bewegt sich, wie die oberflächlichste Bekanntschaft mit demselben darthut, wie die Planeten um ihre Sonne, fast ausschließlich um den Besitz und die Rechtsverhältnisse unbeweglicher, vorzüglich adeliger Güter.

Hingegen haben einige Vertragsverhältnisse in neuerer Zeit, als das Bedürfniß und der Ruf nach Erleichterung und Sicherung des in den Fesseln feudaler Rechtsanschauungen erstarrenden Verkehres mit gebieterischer Entschiedenheit auftraten, ihre nähere gesetzliche Normirung erhalten. — Abgesehen von dem im Jahre 1840 zu Stande gekommenen ungarischen Wechselrechte, womit das damalige Ungarn einen wahren salto mortale mitten hinein in das moderne Rechtsleben gethan hatte, wurden unter andern die Waarenlieferungs- und Verfrachtungsverträge, die Forderungen aus kaufmännischen Geschäften, besonders die Contoforderungen gesetzlich geregelt. Es kann hier nicht darauf abgesehen sein, die Frage rücksichtlich der Zulässigkeit all' dieser Gesetze für die heutigen vorgeschrittenen Verkehrsverhältnisse einer Prüfung zu unterziehen. Das jedoch scheint uns unzweifelhaft klar zu sein, daß in denselben gar manche freilich nicht so ganz an der Oberfläche liegende Principien eingeflochten sind, die durch eindringlichere rechtshistorische Untersuchung als im Gesetze liegend nachgewiesen, und in ihrer Allgemeingiltigkeit sich auch rücksichtlich anderer Obligationsverhältnisse, über welche die Gesetze schweigen, sehr vortheilhaft verwerthen ließen. Wie manches aus den Normen über Waarenlieferungsverträge könnte Aufschluß geben rücksichtlich der principiellen Auffassung des Kaufgeschäftes, über die Tragung der Gefahr gekaufter und verkaufter, depositirter und in Verwahrung übernommener Sachen. Aus den Be-

stimmungen über den Verfrachtungsvertrag ließen sich gar manche Schlüsse auf das Mandatsverhältniß, die negotiorum gestio, abstrahiren, wodurch es nicht selten überflüßig gemacht würde, dort absolut Lücken der Gesetze zu supponiren, wo man dieselben durch logische Operationen mit dem wirklich gegebenen Stoff leicht ausfüllen, und so das Recht auf wissenschaftlichem Wege einer gedeihlichen organischen Entwickelung, den vorhandenen Stoff einer naturgemäßen Entfaltung zuführen könnte. — Die allgemein anerkannte Mangelhaftigkeit des Obligationenrechtes, welcher durch die oben bezeichnete einseitige Methode unserer Schriftsteller in keiner Weise abgeholfen werden kann, bringt dann jenen sonderbaren Umstand hervor, daß, nachdem 1861 das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch mit solchem Ungestüm beseitigt worden, man hinterdrein doch wieder genöthigt ist, viele Bestimmungen desselben als solche zu bezeichnen, die *vorderhand* als Norm gelten können (!), weil sie das den natürlichen Verhältnissen und Bedürfnissen Entsprechende enthalten, und die ungarischen Gesetze über diesen Fall keine Bestimmung getroffen haben.

Von so beklagenswerthen Zuständen im Gebiete der Wissenschaft und Literatur ist der allenthalben beklagte Zustand der Rechtspflege, so wie die oft gehörte Klage über die ungenügende Fachkenntniß des niedern Justizpersonales nur eine natürliche Folge. Welchen Rechtsanschauungen manche Gerichte in Ungarn huldigen, zeigt z. B. der seinerzeit auch durch die Tagesblätter der Welt als Curiosum angekündigte Fall, wo eine Mutter, die ihr Kind mit dem Versprechen einem Weibe übergeben hatte, dasselbe nicht früher zurückzunehmen, bis die Pflegekosten bezahlt sein würden, dieses Kind aber, weil die Pflegerin dasselbe zum Betteln mißbrauchte, gerichtlich zurückzufordern genöthigt war, in der ersten Instanz aus dem Motive abgewiesen wurde, weil der Vertrag zu Gunsten der Verklagten spreche! Nicht minder eigenthümlich ist ein anderer uns bekannt gewordener Fall. Ein Landmann ließ seine zwei Ochsen durch seinen Schwiegersohn auf den Markt zum Verkaufe bringen. In dem üblichen *Viehpaß* wurden das Ochsenpaar vom Notär des Dorfes aus Versehen, oder weil man es überhaupt für gleichgiltig ansah, als das des Schwiegersohnes bezeichnet; diesen Umstand hatte der Gläubiger des Letzteren in Erfahrung gebracht, ließ das Hornvieh unterwegs anhalten, gerichtlich in Pfand nehmen und durch den Stuhlrichter — alle Einwendungen und angebotenen Beweise des schwiegerväterlichen Eigenthumes halfen nichts — zum Ver-

kaufe bringen, weil, so lautete die Motivirung, der Viehpaß das Eigenthum des Executen klar beweise.

Die schwächste Seite unserer ganzen Privatrechtsliteratur dürfte in der unklaren, schwankenden, in keiner Weise befriedigenden Auffassung und Behandlung des Gewohnheitsrechtes zu suchen sein; eine den Resultaten der verdienstlichen Untersuchungen der historischen Schule auf diesem Gebiete auch nur einigermaßen angemessene Darstellung wird in den Compendien des ungarischen Privatrechtes vergebens gesucht.

Man mag über das bekanntlich noch immer nicht unumstößlich fixirte Verhältniß des Gewohnheitsrechtes zu dem geschriebenen halten, was man will, so viel dürfte auf jeden Fall einleuchtend sein, daß dem Gewohnheitsrechte bei unseren, im Klärungsprocesse befindlichen, oder doch nach festern Grundlagen ringenden Rechtszuständen eine weit größere Bedeutung zukommen sollte, wie denn seine Bedeutung auch vor Einführung des österreichischen Gesetzbuches auf Grund des auch nur durch Gewohnheitsrecht recipirten, und überwiegend nur Gewohnheitsrecht enthaltenden Tripartitums von Verbőczy eine hervorragende war. — Gäbe es eine allen Factoren und Organen der Rechtserzeugung gleichmäßig Beachtung widmende productiv-thätige Wissenschaft bei uns; oder deutlicher gesagt, wären jene Voraussetzungen bereits vorhanden und jene Hilfsmittel in genügendem Maße und entsprechender Einrichtung schon geschaffen, von denen eine rege wissenschaftliche Thätigkeit bedingt ist, als da sind: tüchtige Fachblätter, entwickelte Monographien-Literatur, der zum großen Theile die deutsche Wissenschaft ihre Blüte verdankt, eine umfassende, mit eindringlicher Schärfe gehandhabte Kritik, die gar mancher literarischen Mißgeburt die unberechtigte Existenz verleiden müßte — und in deren auffälligem Mangel auch die Hauptursache der in so manchen Literaturzweigen um sich greifenden Verwilderung und Versumpfung von den competentesten Stimmen anerkannt wird; — gäbe es alles dieses, dann, aber auch nur dann, könnte ein Aufschwung der Wissenschaft und in dessen Gefolge Besserung der Rechtspflege, ein Eindringen wahren wissenschaftlichen Geistes in jene Kreise, welche, in der Gegenwart nur an einen handwerksmäßigen Betrieb der Rechtskunde gewöhnt, Handlanger der juristischen Kunst sind, — in sichere Aussicht gestellt werden; dann könnte mit der Zeit durch die von echt wissenschaftlichem Geiste getragene Pflege des Gewohnheitsrechtes nicht nur nach Art anderer Länder und Zeiten ein befriedigender Rechts-

zustand geschaffen, sondern auch das ungarische Privatrecht im Geiste der Nation in continuirlicher Entwickelung aus seinen natürlichen historischen Grundlagen heraus unter steter Berücksichtigung der Anforderungen des jeweiligen Verkehrslebens zu einem in allen Theilen gegliederten Systeme gestaltet und so einer künftigen Codificirung ersprießlich vorgearbeitet werden, deren Aufgabe es eben sein sollte, den durch die im Volksleben wirkenden Factoren erzeugten Rechtsstoff in concreter künstlerischer Form zum Ausdrucke zu bringen, eine Aufgabe, zu deren glücklicher Lösung bekanntlich die Anspannung aller geistigen Kräfte des Volkes erfordert wird.

Diesen Ansichten gegenüber, deren Richtigkeit ihrem Kern und Wesen nach vielleicht von keiner Seite ernstlich geleugnet werden dürfte, — machen die Ausführungen unserer Privatrechts-Schriftsteller über das Gewohnheitsrecht nichts weniger als einen befriedigenden Eindruck. Ihre Lehren stützen sich nach Form und Inhalt auf die Sentenzen Verbőczy's in Prol. I. t. 10 und gehen im Wesentlichen nicht über dessen Standpunkt hinaus. Es scheint uns erläßlich, diese Stelle ihrem Wortlaute nach hier anzuführen; ihr Standpunkt ist — diese Behauptung wagen wir mit Entschiedenheit aufzustellen — durchaus der des canonischen Rechtes, wovon des Verfassers Grundanschauung und Definition, so wie die Eintheilung des Gewohnheitsrechtes und dessen von ihm postulirte Requisite, ja selbst die an die dießbezüglichen canonischen Bestimmungen lebhaft anklingende Textirung uns auf den ersten Blick überzeugen kann.

Man sollte es nun kaum glauben, daß trotz der hohen Bedeutung, die, wie oben gezeigt, dem Gewohnheitsrechte in Ungarn zukommen sollte, und in früherer Zeit wirklich beigelegt wurde, unsere Schriftsteller demselben so wenig Beachtung schenken, daß sie die so eben dargelegte Beziehung nicht einmal deutlich erkennen, oder doch nicht ausdrücklich betonen, viel weniger die Lehre vom Gewohnheitsrechte nach canonischem Rechte, worin in neuerer Zeit so manches Vortreffliche geleistet wurde, für die heimische Wissenschaft fruchtbar zu machen sich bestreben. Zur Rechtfertigung dieser Bemerkung sei mit Beiseitelassung jeder weitläufigeren Deduction nur darauf verwiesen, was z. B. Suhayda, der hierin im Wesentlichen dem älteren Werke von Frank gefolgt ist, Seite 31 §. 1 u. ff. seines Compendiums über die Wirksamkeit der derogatorischen Gewohnheit sagt: „Daß eine Rechtsgewohnheit das Gesetz beseitige und seine Wirksamkeit

aufhebe, kann bei Strafgesetzen zugelassen werden; denn wenn deren Strenge durch Gewohnheit gemildert wird, so ist dagegen nichts einzuwenden. Dagegen vermag im bürgerlichen Privatrecht die Rechtsgewohnheit nicht so leicht zu solcher Wirksamkeit zu gelangen, weil Privatrechte mehr Interessenten (in wörtlicher Uebersetzung: Wächter) haben, die Rechtsfragen hier zwischen zweien verhandelt werden; und wenn demnach dessenungeachtet auch hier ein das Gesetz seiner Wirksamkeit entkleidendes Gewohnheitsrecht zu Stande kommt, so ist dieß lediglich der mangelhaften Beaufsichtigung der Durchführung der Gesetze zuzuschreiben, was in einem wohlgeordneten Staate nicht geduldet werden kann." Wenn hieraus ersichtlich wird, daß die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes, wenn auch sonderbarer Weise gerade im Privatrechte nur in einem beschränkten Umfang, aber doch jedenfalls entschieden zugegeben wird, so muß es dann einen eigenthümlichen Eindruck machen, wenn unmittelbar, an obige Worte anschließend, im Schlußsatze bemerkt wird, es sei in den Gesetzen ausdrücklich ausgesprochen: „daß eine dem Gesetze" (also ohne Unterschied welchem immer) „des Landes widersprechende Gewohnheit nicht bestehen könne", wodurch doch augenscheinlich der ganze frühere Satz wieder völlig aufgehoben wird.

Wir wollen hier die innern Schwächen, ja die Haltlosigkeit dieser ganzen Deduction überhaupt nicht durch Fragen illustriren, da es, wie schon bemerkt, hier auf keine auch nur partielle Kritik abgesehen ist; müssen im Gegentheile mit Bereitwilligkeit unsere Ueberzeugung dahin aussprechen, daß das Werk Suhayda's unter allen seit Einführung der neuen oder besser alten ungarischen Justizgesetze erschienenen gleichnamigen noch das bei weitem beste ist, weil sich dasselbe seinem Umfange und Systeme nach mehr als alle andern den anerkannten Lehrbüchern des Pandectenrechtes anschließt.

Um unsere Skizze noch mit einigen Strichen zu ergänzen, wollen wir schließlich noch eine kurze Bemerkung folgen lassen.

Es dürften die Leser dieser Zeilen es kaum für möglich halten, daß in unseren Tagen ein Buch oder doch Büchlein mit solch' plan- und systemloser Leichtfertigkeit, ja wahrhaft primitiver Naivität geschrieben werden könne, wie das oben erwähnte Duodez-Bändchen von A. Kassay mit der Ueberschrift: „Ungarisches Privatrecht". Was System

und systematische Anordnung der Materien betrifft, ist hier das Unglaubliche geleistet. In welcher Schule und zu welcher Zeit der Verfasser seine Ideen über die nothwendigen Eigenschaften literarischer Producte gesammelt, vermag ich nicht einmal zu ahnen; eine ganz nette Probe seines Verfahrens gibt aber der Umstand, daß auf S. 120 ff. von Jagd, Vogel- und Fischfang, auf Seite 141 aber schon von letztwilligen Verfügungen gehandelt wird. Den wissenschaftlichen Gehalt mag der geneigte Leser annäherungsweise daraus errathen, was der Verfasser z. B. über letztwillige Verfügungen lehrt. Da heißt es im §. 94 in möglichst genauer Uebersetzung: „Unter letztwilliger Verfügung (végrendelet) wird diejenige Handlung verstanden, wenn Jemand über seine Sachen (eigentlich „Güter") auf den Todesfall noch bei Lebzeiten verfügt[3]), d. h. seinen Willen schriftlich oder mündlich darüber erklärt, wie nach seinem Tode seine Sachen verwendet werden sollen." In dieser an sich so seichten Definition werden also die letztwilligen Verfügungen ganz generell verstanden, darunter folglich Testamente, Codicille, Fideicommisse, mortis causa donationes, und wohl auch Erbverträge mit inbegriffen; schon in den zunächst folgenden §§. 95 und 96 wird dann von der Form der letztwilligen Verfügungen, namentlich den Zeugen gesprochen, und also der im §. 94 gegebene Begriff so ohne alle Bemerkung mit erstaunlicher Seelenruhe auf Testamente und Codicille restringirt. — Nach §. 95 gehört es zur innern Form einer letztwilligen Verfügung, daß der Verfügende das Eigenthum des Dispositionsobjectes habe (zu welcher Zeit wird nicht gesagt). Meinte der Verfasser hiebei, wie ich wohl nicht ohne Grund vermuthe, das Eigenthumsrecht zur Zeit der Errichtung des letzten Willens, so müßte nach ungarischem Rechte, da von der gedachten Regel keine Ausnahme erwähnt wird, nach dem weiten Sinne der oben gegebenen Definition das Legat einer fremden Sache, die Succession in Forderungen, ja selbst jede Erbeinsetzung rücksichtlich des nach der Errichtung des Testamentes erworbenen Vermögens ohne Wirkung, rechtlich ungiltig sein. — Im vierten Theile des in Rede stehenden Buches, das den Civilproceß auf eine Art behandelt, quam deus avertat, wird Seite 73 von der Execution gesagt, sie sei diejenige richterliche Handlung, durch welche das zur Rechtskraft erwachsene Urtheil durch den Richter durch-

[3]) Welches Rechtsgeschäft dann zu Stande komme, wenn Jemand später als bei Lebzeiten verfügen sollte, wird zum Glück nicht gesagt!

geführt, d. h. der obsiegende Theil mit der zuerkannten Summe — (also nie auf andere Weise?? Das wäre ganz im altrömischen Style) — aus des Gegners Vermögen befriedigt wird; im Contexte wird dann fortgefahren: Die Execution ist eine zweifache: zur Sicherstellung, womit der Gläubiger durch Beschreibung der gegnerischen Vermögensstücke sichergestellt, und dann zweitens eine Execution zur Befriedigung u. s. w. Dem Verfasser ist also ohne alle stylistische Scrupel beinahe in einem Athemzuge die Execution einmal eine volle Befriedigung, und dann doch wieder auch nur eine bloße Sicherstellung.

Diese Bemerkungen und Gedanken mögen genügen zur allgemeinen Characterisirung unserer jetzigen Privatrechts-Literatur; die andern Gebiete der Rechtsliteratur so wie den Zustand des Rechtsunterrichtes in Ungarn werde ich, wo möglich, in einem weitern Artikel zum Gegenstande einer kurzen Erörterung machen.

XII.

Civilistische Versuche.

Vom Herrn Dr. Ferdinand Żródłowski.

Einleitung.

Sind schon die materiellen Civil- und Strafgesetze eine der wichtigsten Stützen und Grundlagen einer beständigen Ordnung und zweckmäßigen Gestaltung der Verkehrsverhältnisse, ist die Rechtssicherheit eine sehr wichtige Triebfeder zum Erwerbe und somit auch zur Vermehrung der Tauschwerthe der Nationen, was nothwendig auf die Erhöhung der productiven Kräfte derselben vortheilhaft einwirken muß, — so sind es auch wenigstens in demselben Maße die formellen, das civilgerichtliche Verfahren regelnden Gesetze, die in dieser Richtung eine unleugbare Bedeutung haben. Wird ja doch der Verkehr, der den Credit vielfach in Anspruch nehmen muß, durch Steigerung des Credits selbst erhöht und wirkt derselbe unzweifelhaft auch auf den Volkswohlstand günstig ein.

Die Erhöhung des Credits setzt aber eine entsprechende Rechtspflege [1]) voraus. Geht eine prompte Justiz ab, so kann der Credit nie in dem Umfange in's Leben treten, in welchem er im Interesse der Nationen um sich greifen sollte. Ich bin an einen Punkt angelangt, von dem aus die Erörterungen Dankwardt's [2]) über den Zusam-

---

[1]) Ueber den Einfluß der Rechtspflege auf Gewerbe und Handel siehe Wehli in seiner Abhandlung „Zur Reform der Civilrechtspflege im Allgemeinen und insbesondere zur Frage über die Beweisanticipation" (Gerichts-Zeitung 1861, Nr. 501—508).

[2]) Ueber dessen Werk siehe die Anzeige und Kritik in Hildebrand's Jahrbüchern für Nationalöconomie, Jahrgang 1864. — Der Recensent anerkennt

menhang des materiellen Civilrechts mit der Nationalöconomie über die von diesem Schriftsteller vindicirten Grenzen hinaus angewendet werden können, nämlich auf den Zusammenhang zwischen den formellen Civilgesetzen und der Volkswirthschaft. Diesen Zusammenhang kennt schon Xenophon ganz genau, wenn er auch nur des Einflußes der Rechtspflege auf den Handel erwähnt [1]).

Die Rechtspflege ist allein dann entsprechend und den Bedürfnissen des Credits in erster, denen des Verkehrs in zweiter und des Volkswohlstandes in letzter Linie angemessen, wenn sie schnell [2]) und sicher den Berechtigten zur Realisirung seines Rechtes führt. Wo sich Processe lange Zeit hindurchziehen, wo selbst mit bedeutenden Opfern zu Stande gebrachte Vergleiche das geringere Uebel bilden, wo demnach von dem Verpflichteten, der, sicher vor schneller Erledigung des gegen

---

die Richtung, welche der Verfasser verfolgt, meint aber, daß diesem die erforderlichen Kenntnisse der Geschichte der Volkswirthschaft abgehen. Uebrigens ist nach meiner Ansicht die Richtung, welche Dankwardt einschlug, keine neue, so daß er als ihr Urheber betrachtet werden könnte, sie ist nur durch ihn aufgefrischt, — in welcher Weise aber, darüber kann ich kein Urtheil abgeben, da mir das in Frage stehende Werk Dankwardt's nicht zu Gebote stand. So viel ist gewiß, daß schon vielen Institutionen und Bestimmungen der Athener und Römer nationalöconomische Gesetze zu Grunde liegen. Belege hiefür anzugeben werde ich im Laufe dieser Erörterungen hinreichende Gelegenheit haben.

[1]) (Von den Staatseinkünften der Athener.) „Wenn man aber auch der Behörde des Stapelplatzes (dem Handelsgerichte) Preise aussetzte für Den, welcher am gerechtesten und schnellsten die Streitigkeiten entschiede, so daß wer absegeln wollte, nicht daran verhindert würde, so würden auch deswegen weit mehrere und weit lieber Handel treiben." (Griech. Prof. von Tafel, Osiander und Schwab, 40stes Bändchen, S. 1340, 1341.)

[2]) Wie leicht durch zweckmäßige Bestimmungen das Verfahren vor Gericht gekürzt werden könne, lehrt die französische Criminalstatistik des Jahres 1861. In diesem Jahre standen 4813 Personen vor den Assisen. Die Untersuchungshaft dauerte bei mehr als der Hälfte 1—15 Tage, während sie noch 1854 nur bei 352 auf 1000 14 Tage nicht überschritt (s. Zeitschrift für die ges. Staatsw. von Rau, XXI. Jahrgang, 1. und 2. Heft). Ist nun durch den energischen Willen Napoleon's, einer langsamen und daher schlechten Criminaljustiz entgegenzusteuern, ein so günstiges Resultat erreicht, obgleich im Strafprocesse materielle Wahrheit erstrebt werden muß und die Eruirung des Thatbestandes mit unvergleichbar größeren Schwierigkeiten verbunden ist, so ist es nicht einzusehen, weshalb es gerade im Civilprocesse, wo jede Partei selbst für die Feststellung und Begründung der Thatsachen, auf deren Grundlage sie ein Recht für sich in Anspruch nimmt, oder eine gegnerischerseits angesprochene Verbindlichkeit leugnet, zu sorgen hat, — an Mitteln fehlen sollte, der langsam dahinschleichenden Procedur eine schnelle und sichere zu substituiren. Man wird sich wohl nicht darauf berufen wollen, daß durch die Untersuchungshaft der Inquisit im Gebrauche der Freiheit, eines für ihn hohen Gutes, beschränkt wird, da doch auch im Civilprocesse für den Berechtigten das angesprochene Recht ein wichtiges Gut ist, in dessen Genuß er so schnell als möglich gesetzt werden soll.

ihn anhängig gewordenen Processes, vielleicht gar nicht oder nur unter ungebührlicherweise für ihn bedeutenden Vortheilen sich in einen Vergleich einzulassen gesonnen ist, der Berechtigte vollständig abhängt [1]), — dort fehlen gewiß die natürlichsten Stützen und Grundlagen des Credits, dort findet ein Zurückhalten des Capitals statt, das nie für die Volkswirthschaft von vortheilhafter Wirkung sein kann, oder eine Verwendung desselben zu minder productiven und einträglichen Zwecken nicht nur für den Einzelnen, — dem Capitalisten, sondern auch für die Volkswirthschaft selbst herbeiführt. Es bedarf nicht erst der Erwähnung, daß Capitale in mehr oder minder fruchtbare Hände gebracht werden können, daß dem Manufacturisten, der einem sehr productiven Geschäftszweige, welcher für die Volkswirthschaft von unberechenbarem Einfluß sein kann, nachgeht, und alle sonstigen Voraussetzungen eines erfolgreichen Betriebes desselben auszuweisen im Stande ist, — lediglich aus dem Grunde des Abgangs des erforderlichen Capitals die Möglichkeit, sein Geschäft zu eröffnen oder fortzuführen, benommen wird. — Daran trägt wohl, wenn auch nicht ausschließlich, die nicht gehörige Rechtspflege Schuld [2]).

Allein nicht nur für den capitalsbedürftigen Industriellen, sondern auch für den Capitalisten selbst ist die Versetzung desselben in die Zwangslage, zwischen einem gewinnreicheren, aber schwer im Rechtswege durchzusetzenden und einem minder ergiebigen, aber leicht realisirbaren Ertrag zu wählen, nicht gerade günstig zu nennen.

Dieser nach zwei Richtungen sich äußernde Nachtheil begründet im günstigsten Falle eine Stagnation, wenn nicht einen entschiedenen

---

[1]) So bemerkt Roscher in seinem trefflichen Buche: System der Volkswirthschaft (2te Aufl.) I, S. 158: „Besonders wichtig für den Credit ist die Sicherheit, daß der etwa fehlende gute Wille des Schuldners durch obrigkeitlichen Zwang werde ersetzt werden. Also unparteiliche, einsichtsvolle, rasche und wohlfeile Rechtspflege." „Je strenger die Schuldgesetze jede Unredlichkeit des Schuldners verhindern, desto vortheilhafter sind sie für den redlichen Schuldner selbst." Ein Satz, in dem tiefe Wahrheit ruht! Dieß macht uns auch erklärlich, weshalb „die höheren Culturstufen" „meistens wieder zu größerer Strenge zurückgekehrt" sind, das. S. 159. — Und Geyer bemerkt in seiner Rechtsphilosophie, S. 165 ff.: „Dem Geiste des Cultursystems selbst widerspricht es eben, die Kräfte des Rechtsverdrehers, des Streitsüchtigen, des Uebelthäters zu erhöhen."

[2]) Treffend äußert sich hierüber Mohl in s. Polizeiwissenschaft (2te Aufl.) I, 104 und 105 in folgender Weise: „Schlechte und theuere Rechtspflege mit den in ihrem Gefolge befindlichen Verlusten, Verzögerungen und Verdrießlichkeiten macht nämlich gar manches gewerbliche Unternehmen unmöglich oder allzu unsicher."

Rückſchritt im Volkswohlſtande. Die natürlichen productiven Kräfte der Nation entbehren der Nahrung, ſie müſſen demnach auch verkümmern.

Dieſe Geſichtspunkte vorausgeſchickt, gehe ich an die öſterreichiſchen Civilproceßgeſetze [1]) und einige Beſtimmungen des allg. bürgerl. Geſetzbuches, — und ich glaube, es werde ſich aus den folgenden Erörterungen ergeben, daß, wenn auch nicht, wie gewöhnlich behauptet wird, dieſe ausſchließlich oder wenigſtens vorwiegend eine entſchieden ſchlechte Rechtspflege herbeigeführt haben, ſo doch auch in dieſen [2]) eine der Urſachen des mangelhaften Zuſtandes der Rechtspflege in Oeſterreich zu ſuchen iſt. Meiner Ueberzeugung nach trägt daran vorzüglich ein nicht ganz pflichtgetreues [3]), gewiſſenhaftes und unparteiiſches Vorgehen der mit der Rechtspflege betrauten Organe [4]), mit anderen Worten: der Abgang eines tüchtigen, ſo beſchaffenen Richterſtandes, als es im Intereſſe der Juſtiz zu wünſchen iſt, Schuld. Wie lange es daher an tauglichen „Gewerken", an ihr Amt gehörig verwaltenden Organen — was allein nicht eine ſeltene Ausnahme, ſondern eine durchgehende Regel bilden ſoll — mangelt [5]), ſo lange darf auch manche von der Wiſſenſchaft erkannte zweckmäßige Einrichtung nicht eingeführt werden, ohne die Ge-

[1]) Wir ſtimmen in der Beziehung, trotzdem, daß der Referent der Völdern-dorff'ſchen Schrift „Die Form der Rechtsgeſchäfte" deſſen entgegengeſetzte Anſicht billigt, „der großen Mehrzahl der Rechtskundigen" bei, daß „die Hauptwurzel des Fehlerhaften unſerer Civilrechtspflege" nicht „in der materiellen Geſtaltung des heutigen Civilrechtes liegt", ſondern vielmehr im modus procedendi; — eine Anſicht, die, mindeſtens mit Bezug auf das öſterr. Recht, keinen gegründeten Bedenken unterliegen kann.

[2]) „Die Civilproceß- und die Concursordnung" müſſen, „wenn gleich nicht völlig neugeſchaffen, oder in ihren Details textuell umgearbeitet, doch wenigſtens in ihren Hauptumriſſen feſtgeſtellt werden". Hye-Glunek (Gerichts-Zeitung, XV. Jahrg., Nr. 62).

[3]) Siehe Schindler's Rede (ſtenogr. Prot. der abgeh. 48ſten Sitzung der dritten Seſſion vom 26. April 1865, S. 1258): „Noch unter Franz dem Erſten, noch unter Ferdinand dem Gütigen war Oeſterreichs Juſtiz ein heller Stern, zu dem Alles mit Vertrauen aufblickte, der weithin mit ruhmvollem Glanze leuchtete. Nun ſcheint es mir aber, als ob ein leiſer unheimlicher Nebel vor ſeinen Strahlen ſchwebte, es müßte nur ſein, daß meine Augen älter und daher trüber geworden ſind." Mittelſt ſeiner älter gewordenen Augen ſieht Schindler ſehr gut.

[4]) Gut ſagt Beſchorner (Gerichtshalle IX, 3): „Was hilft die beſte Proceßhandlung, wenn unfähige Gewerken die Behandlung des proceſſualiſchen Organismus übernehmen ſollen."

[5]) Die practiſche Politik muß „den Menſchen und die Menſchen, wie ſie in Wirklichkeit ſind, kennen und beſtändig die Wahrheiten, welche Menſchenkenntniß lehrt, gegenwärtig haben und berückſichtigen", um „das Mögliche zu berechnen und die Klugheitsregeln zu erkennen, welche befolgt werden müſſen, ... um wünſchenswerthe oder angeſtrebte Reformen zu verwirklichen". Eſcher, Handb. d. pract. Politik, II, S. 42.

[illegible] [illegible] [illegible] [

gewährenden Gesetze andere treten werden, die diesen so viel als thunlich beseitigen — es wäre denn, daß ein Richterstand sich bildete, der fähig wäre, „den Grundgedanken und den Zweck des Gesetzes, auch wenn solche nicht in ausdrücklichen Worten ausgesprochen sind, richtig und gleichmäßig zu begreifen“ [1]) —, so lange gehört die Hoffnung, die Rechtspflege werde sich mit der Zeit besser gestalten, in den Bereich der Phantasie, die in der Regel täuscht.

I. Die Fristen.

Einen wunden Punkt in dem österreichischen Civilprocesse — vorzüglich in dem ordentlichen schriftlichen Processe — bildet die Möglichkeit, Fristerstreckungen behufs der Erstattung der Satzschriften anzusuchen, und die fast ausnahmslos ohne genügende Begründung derartiger Gesuche erfolgende Bewilligung derselben. Die Gerichtsordnungen enthalten darüber allerdings einen entsprechenden [2]) Grundsatz, — einen Grundsatz, der, richtig und gewissenhaft angewendet, jede dießfällige Anfechtung unbegründet erscheinen ließe. Allein die Praxis hält es damit nicht genau. Bei der geringsten Bescheinigung (§. 235 der badischen Civilproceßordnung fordert merkwürdigerweise einen gerichtsordnungsmäßigen Beweis für den angeführten Hinderungsgrund erst bei dem Ansuchen um eine dritte Erstreckung; s. Fischer Ztschrft. für österr. Rechtsgelehrsamkeit 1847, I, S. 122) der Fristwerbungsgesuche pflegen die hierortigen Gerichte Fristerstreckungen zu bewilligen [3]), was wohl

---

[1]) Rob. v. Mohl, Politik. I. Band, S. 606.

[2]) Doch schon nicht entsprechend nach dem Hofdecrete vom 4. Juni 1789, Nr. 1015, da es nach diesem genügt, das Vorhandensein des Erstreckungsgrundes wahrscheinlich zu machen. Der gerichtsordnungsmäßige Beweis des Erstreckungsgrundes ist nicht nothwendig. Es bedarf kaum erst der Erwähnung, daß diese Anordnung nicht gebilligt werden kann. Mit so vagen Begriffen, wie „Bescheinigung“, „Erwahrscheinlichung“ soll die Jurisprudenz und die Gesetzgebung nichts zu thun haben! — Richtig ist die Bestimmung des Art. 29 der C. P. O. für den Canton Appenzell Außer-Rhoden vom Jahre 1859, nach welcher peremtorische Fristen nur dann verlängert werden dürfen, wenn es keinem Zweifel unterliegt, daß die betreffende Partei ohne Verschulden außer Stand gesetzt war, die peremtorische Frist einzuhalten. Lauk in Pözl's krit. Vierteljahresschrift, II, S. 619.

[3]) Koczynsky sagt hievon in seinen Glossen (Ger.-Ztg. XV, Nr. 103) sehr gut: „Die legale Leichtigkeit von Fristerstreckungen“, und das. weiter: „Eine wahrhafte Plage unserer Justizpflege bildet erwähntermaßen die Beweglichkeit, resp. Erstreckbarkeit der Fristen, indem sie nicht nur das eigentliche Ruhekissen der Indolenz ausmacht, sondern auch Vielschreiberei, Zeitverlust, und ein zahlreiches Manipulationspersonale im Gefolge hat.“

für den Schuldner mit Nutzen verbunden ist, für den Gläubiger, den Berechtigten allein, mit unsäglichen Nachtheilen [1], die eine Tragweite haben, welche weitere Kreise berührt, als die unmittelbar im Processe verwickelten Parteien, — in Folge der Erdrückung des Credits die Volkswirthschaft untergraben. Hätte man genaue und zweckmäßig zusammengestellte statistische Daten in dieser Beziehung, so könnte man numerisch das Verhältniß der Fälle, in denen billiger Weise Fristerstreckungen bewilligt werden dürften, zu jenen, wo dieß nicht der Fall sein sollte, ermitteln. Allein trotz des Abganges derartiger, die Civiljustiz überhaupt betreffender statistischer Ausweise, deren Wichtigkeit der Redacteur der Jahrbücher für Nationalöconomie, Dr. Hildebrand, in dem I. und II. Hefte des Jahrganges 1865 treffend ausgeführt hat, kann man bei unbefangener Beobachtung des diesfälligen Vorgehens einzelner Gerichte den Inductionsschluß ziehen, daß ungerechtfertigte Fristerstreckungsbewilligungen vielfach an Zahl jene Fälle übertreffen, in welchen Fristerstreckungen zulässig sein sollten. — Hiezu kommt noch, daß der angeblich verletzten Partei das Mittel, ob noviter reperta Restitution zu werben, nach gefälltem Urtheile zu Gebote steht, das wohl, wo überhaupt effective Vertheidigung möglich ist, hinreichen und zum Ziele führen dürfte.

Nimmt man nun auf diese Thatsachen Rücksicht, so ergibt sich, daß die Gerichte in der Erledigung der Fristerstreckungsfrage [2] im besten Falle eine übertriebene Besorgniß hegen, daß dem Belangten die Möglichkeit, sich zu vertheidigen, nicht abgeschnitten werde. — Dieses

---

[1]) Hier lassen sich sehr passend die Worte eines Roscher, System der Volkswirthschaft (2te Auflage) I, S. 164 (wenn sie auch von ihm bezüglich eines anderen Gegenstandes, nämlich der Specialmoratorien, ausgesprochen worden sind) anführen: „Wir dürfen jedoch, abgesehen von allem Mißbrauche, nie vergessen, daß eine wirkliche (rechtswidrige) Begünstigung des Schuldners eben so wahrscheinlich den Gläubiger stürzt, wie den Schuldner hebt. Auch muß die Unsicherheit der Gesetze vielschlimmer noch auf den allgemeinen Credit wirken, als die Unsicherheit über den persönlichen Status der Einzelnen: gerade so, wie eine Verletzung der Wurzel den Baum stärker gefährdet, als eine Verletzung der Blätter und Zweige."

[2]) Eine seltene Ausnahme von dieser Regel macht die sachgemäße Entscheidung der Prätur Latisana vom 1. Mai 1862, Nr. 2298; man vergleiche schon dagegen die Entscheidung des Oberlandesgerichtes zu Venedig vom 10. Juni 1862, Nr. 10.164, und des obersten Gerichtshofes v. 16. September 1862, Nr. 6133 (Ger.-Ztg. XVI, 12). Das erstgerichtliche Erkenntniß lautete auf Nichterstreckbarkeit, die beiden obergerichtlichen auf Erstreckbarkeit des Termins, welcher durch Urtheil dem wegen Verübung Aufgeforderten zur Anstellung der Klage gesetzt wurde.

ist wohl nicht zu rechtfertigen, da ein hinreichendes Mittel dagegen die Restitution ob noviter reperta abgibt, während die (österr.) Gerichte factisch, ohne in das Innere der dießfälligen Gesuche näher einzugehen, ohne die zur Bescheinigung dieser vorgeführten Gründe einer reiferen Würdigung zu unterziehen, in einfacher, mechanischer Weise, die blos einen Sinn für Formalismus bekundet, die angesuchten Fristerstreckungen in der Regel bewilligen.

Ist schon der geschilderte Uebelstand kein geringfügiger, und wohl gewichtig genug, um eine zweckmäßige Abhilfe zu treffen, so wird der immense Nachtheil, der aus einer derartigen Behandlung der Frage, ob Fristenerstreckungen zu bewilligen seien oder nicht, sich ergibt, um so auffallender hervortreten, wenn man erwägt, daß derartige Operationen häufig mehrere Male vorgenommen werden. So erzählten mir glaubwürdige Practiker, daß in dem Lemberger Oberlandesgerichtssprengel Fristen, die gegen 80 Jahre im Ganzen umfassen, vorgekommen wären. Dieß ist jedenfalls ein Exempel, welches jede Vorstellung eines in die würdige Handhabung der Rechtspflege in diesem Oberlandesgerichtssprengel Nichteingeweihten übertreffen wird. Allein es bilden in dem genannten Oberlandesgerichtssprengel, wenn der Schuldner genug klug ist, den thatsächlichen Bestand der Gerichtsverhältnisse zu seinem Nutzen auszubeuten, Fristen, welche $1^1/_2$ Jahre umfassen, bei weitem die Regel.

2. Abgesehen von den angeführten Gründen, gegen die Möglichkeit, Fristerstreckungen zu erwirken, ist in der westgalizischen Gerichtsordnung der Umstand zu tadeln, daß die einmalige Fristerstreckung den Zeitraum der ersten gesetzlichen Frist überschreiten kann, so daß, während die gesetzliche Frist zur Erstattung der Einrede z. B. 30 Tage beträgt, die einmalige Fristerstreckung mehrere Monate zu umfassen pflegt. — Besser ist schon in der Beziehung wenigstens die ungarische und siebenbürgische Gerichtsordnung; so bestimmt der §. 95 derselben: „In jedem Falle hat der Richter die angebrachten Fristgesuche sogleich strenge zu prüfen ..." „Die jedesmalige Fristerweiterung darf nie den Zeitraum der ersten gesetzlichen Frist überschreiten." Ob der erste Satz des §. 95 von den Gerichten der Länder der ungarischen und siebenbürgischen Gerichtsordnung beobachtet wurde, ist mir unbekannt.

So viel ist gewiß, daß mit ähnlichen abstracten Sätzen, wie dieser, wenig gewonnen ist, wo der Richterstand nicht selbst von der Nothwendigkeit, jede Frage, welche er zu erledigen hat, strenge zu prüfen,

durchdrungen ist. Ist er es aber, so ist es in der That nicht nöthig, einen solchen nichtssagenden Satz in ein Gesetzbuch aufzunehmen.

3. Den Unfug, welcher mit Fristendilationen getrieben wird, meint Dr. Hoffbauer dadurch zu beseitigen, daß bei der Inrotulirungstagsatzung dem Gegentheile, welcher mit einer Schrift noch ausständig ist, die Ueberlegung derselben zu begehren, genügen dürfte. — Allein dieser auf Kürzung des Verfahrens berechnete Vorschlag dürfte kaum beachtenswerth sein, aus dem Grunde, weil er an die Stelle eines bestehenden Uebels als Surrogat ein zweites, nicht geringeres herbeiführte.

Kann bei der Inrotulirungstagsatzung eine Ueberlegung derselben bewilligt werden, so läuft dieß gerade auf dasselbe hinaus, als wenn auf Grundlage eines einfachen Fristerstreckungsgesuches die Fristendilation bewilligt wird. — Freilich meint Hoffbauer, daß „die Gründe für und gegen die Fristerweiterungen gleichzeitig, folglich viel schneller, als durch Wechsel von Gesuchen und Aeußerungen und auch reifer erwogen werden, weil auf diese Weise die Beweismittel über die Gründe zur Fristerweiterung vorgelegt werden können, und in Nebensachen nur Besprechungen, nicht aber ein Schriftenwechsel umständlichere Erörterungen zulassen". — Erwägt man dagegen, daß der Wechsel von Gesuchen und Aeußerungen ein ganz überflüßiger ist, da die Bescheinigung des Fristerweiterungsgrundes in dem Gesuche selbst enthalten sein soll, daß die Gründe, auf welche derartige Fristerstreckungsgesuche gestützt zu werden pflegen, zumeist so beschaffen sind, daß dem Gegentheil eine Kenntniß derselben nicht zuzumuthen [1]) ist, daß daher aus dem Grunde

---

[1]) Gegen freiwillige (prorogirte) Fristerstreckungen kann ich mich dagegen nicht aussprechen, wie gewichtig auch die von Beschorner (Gerichtshalle IX, 5) und Schlink (franz. Civilproceß, Bd. I, S. 241 ff.) in der Hinsicht vorgebrachten Gründe sein mögen. Denn die Richtigkeit des Grundsatzes „volenti non fit injuria" läßt sich im Civilrecht, wo es sich um veräußerliche (verzichtbare) Rechte handelt, nicht in Abrede stellen. Auch spricht dafür die im heutigen Proceßrechte mit gutem Grunde angenommene Maxime, daß die Partei und der Vertreter eine fingirte Personeneinheit begründen, so auch §. 107: Entwurf einer allg. deutschen Civilproceßordnung. — Uebrigens ist dieser Gedanke nicht ein neuer, sondern ein römischer, wie dieß z. B. aus L. 39 D. ex quibus causis maj. XXV annis in integr. rest. (4, 6), L. 5 pr. de obl. et act. (4, 77) ersichtlich ist. — Ueber die Personenrepräsentation sind zu vergleichen die geistreichen Ausführungen Lassalle's (Theorie der erworb. Rechte, I. Band, S. 87 fg., und §. 111 des Entwurfes einer allgemeinen deutschen Civilproceßordnung. — Gegen Mißbräuche von Seite der Advocaten in dieser Hinsicht liegt darin ein gutes Mittel, wenn man den Vertreter für allen hiedurch entstandenen Schaden dem Vertretenen (der Partei) ersatzpflichtig erklärt. — Die Bestimmungen des Entwurfes einer allg. deutschen Civilproceßordnung über die Proceßbevollmächtigten (§§. 99—117)

die Aeußerungen des Vertreters des Gegentheils zumeist stereotyp, wie sie sich in der Praxis einzelner Gerichtssprengel herausbildeten, zu sein pflegen, daher auch keinen Sinn haben, — erwägt man, daß in das Innere der dießfälligen Schriften kaum gründlicher eingegangen wird; so wird man nothwendig zugeben müssen, daß die Bestimmung der westgalizischen Gerichtsordnung (§. 523), wornach in dem Falle, „wenn der Richter das Gesuch wegen Fristerstreckung nicht ohne Weiteres zu verwerfen findet, die Gegenpartei darüber vernommen werden müsse", sich nicht rechtfertigen lasse.

Es ist dagegen nicht zu leugnen, daß die Gründe für und gegen die Fristerweiterungen bei der Inrotulirungstagsatzung reifer und schneller erwogen werden können. Der eigentliche Werth dieser Verhandlung hängt jedoch nach meinem Ermessen davon ab, ob der Richter mit der erforderlichen Gründlichkeit diese scheinbar minder bedeutende Frage behandeln werde. Daß aber dieß von unseren Richtern nicht zu erwarten steht, lehrt einfach die Erfahrung, daß Ueberlegungen von Tagsatzungen im mündlichen Processe trotz der gebotenen Möglichkeit, die dießfälligen Gründe reifer zu prüfen, — sehr leicht bewilligt werden.

4. Für den Belangten ist es genügend gesorgt, wenn ihm auch nach geschlossenem Verfahren das Recht zusteht, zu zeigen, daß er die betreffenden Beweismittel zur Erhärtung seiner Einwendungen nicht hatte aufbringen können, und aus diesem Grunde um die Restitution zu bitten. Man könnte vielleicht meinen, daß hiedurch bedeutendere Nachtheile für den Kläger entstünden, als wenn Fristerstreckungen zulässig wären. Bei näherer Prüfung dürfte jedoch diese Ansicht kaum für haltbar gehalten werden, indem es Restitution in einer und derselben Sache mehrere Male zu werben kaum zulässig sein dürfte, und der zur Entscheidung der Frage, ob die Restitution zu bewilligen sei, berufene Richter bei einem vorliegenden Urtheile, gegen welches eben die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geworben wird, den Sachverhalt gründlicher kennen zu lernen sich bestimmt fände.

5. Vollends ungerecht erscheint mir die Bestimmung der galizischen Gerichtsordnung (§. 527), welcher zufolge im Falle der nicht erfolgten Bewilligung der Fristerweiterung der betreffenden Partei alle die Tage zu Gute kommen, die an der vorgegangenen Frist, um deren Erwei-

---

sind sehr sachgemäß. — Ich finde daher die Bestimmung des Art. 15 für den Canton Appenzell Außer-Rhoden vom Jahre 1859, mitgetheilt von Lauk in der krit. Vierteljahresschrift von Pözl II, S. 618, ganz treffend.

terung das Ansuchen geschehen, am Tage der überreichten Bitte noch nicht verflossen waren; indem der Impetrant sich selbst, unzufrieden mit der festgesetzten Frist, eine Fristerweiterung gewährt. Es übersteigt in der Wahrheit meine Kräfte, die eigentliche ratio dieser Bestimmung zu eruiren [1]), — es wäre denn, daß Begünstigung säumiger Schuldner die ratio einer gesetzlichen Bestimmung sein kann.

Mir scheint nichts naturgemäßer und zugleich auch gerechter und billiger zu sein, als in einem solchen Falle auf Anlangen der Partei, die Fristerstreckung nicht geworben hat (da es sich kaum ereignen dürfte, daß dieses Ansuchen von der Partei, welche um die Fristerstreckun gebeten, gestellt werden sollte), die Inrotulirung der Acten vorzunehmen und das Urtheil zu fällen.

Gewiß ist es, daß durch Ausschließung der Fristerweiterungen [2]) dem Rechte schnelle Durchsetzung gesichert wird, für den Gegner aber keine Gefahr, unbilliger Weise condemnirt zu werden, vorhanden sein wird, da ja doch der Kläger das angesprochene Recht erwiesen haben muß, wenn ihm dieses zuerkannt werden sollte.

Ist nun der Gegner nicht im Stande, vor dem Ablauf des ganzen Rechtsstreites, den ich durch nichts gehemmt wissen will [3]), einen Gegenbeweis gegen den ersten vom Kläger geführten Beweis zu führen, oder überhaupt seine Nichtverbindlichkeit, Nichtschuldigkeit darzuthun,

---

[1]) Wie dieß Julianus und Neratius ganz bestimmt aussprechen. L. 20 D. de leg. senatusque consultis etc. (1, 3). Julianus libro 55 Digestorum. Non omnium quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest, und L. 21 D. eod tit. Neratius libro 6 Membranarum. Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet, alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur. Freilich kann man dem letzteren Juristen nicht beistimmen, wenn er meint, daß rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet. — Dagegen sind die Worte Jhering's in den Jahrb. für Dogm. d. heut. deutschen und röm. Privatr. V, S. 372, anzuführen. Nach dem „Warum" ist zu suchen, wie es Savigny that, und zwar „nicht etwa blos nach dem äußeren Warum, das in Wirklichkeit nur ein Wie ist, sondern nach dem in den practischen Zwecken und Gründen des Instituts gelegenen Warum". Und Cicero's Ausspruch (de leg. l. c. 16). Atqui nos legem bonam a mala nulla alia nisi naturae norma dividere possumus.

[2]) So bestimmt der §. 568 des Entwurfs zum sächs. bürg. Proceß, daß Fristerstreckungen nicht bewilligt werden dürfen (s. Zerener, Archiv für civ. Praxis, Band 47, Abh. XII, S. 250).

[3]) Das im Texte angegebene Mittel dürfte tauglicher sein, um Processen vorzubeugen, als das in pr. J. de poena temere litigantium (4, 16) angegebene, namentlich aber, daß die Parteien und deren advocati §. 1 J. eod. tit. den Calumnieneid schwören sollen: obgleich wieder diese Bestimmungen des R. R. besser sind, als die Gestaltungen von Fristerstreckungen gegen bloße Bescheinigung, wie dieß im österr. Rechte der Fall ist.

oder allenfalls eine ihm gegen den Kläger zustehende compensationsfähige Forderung entgegenzuhalten; so finde ich es ganz billig, dem Theile, der seinen Anspruch erwiesen hat, ohne Aufschub und unnützen Zeitverlust die zwangsweise Durchsetzung seines erwiesenen Rechtes zu gewähren und nicht unnütz den Uebergang des materiellen Rechtes in formelles aufzuhalten.

Sollte sich nach Ablauf des Rechtsstreites ein Beweismittel finden, welches der Belangte zur Widerlegung seines früheren Gegners, der seinen Rechtsanspruch bereits effectuirt hat, gebrauchen könnte, so mag ihm vollkommen genügen, wenn er einen neuen Rechtsstreit gegen seinen früheren Gegner oder dessen Erben, sobald nicht die Verjährung im Wege steht oder ein Verzicht auf jedes weitere Rechtsmittel vorliegt, anhängig machen kann. Allein der Möglichkeit wegen, die in das Bereich des Unwahrscheinlichen gehört, die Realisirung eines erwiesenen Rechtes nicht zu gestatten, ist wohl nicht empfehlenswerth; zumal da, wie oben erwähnt worden ist, der Geklagte zu seinem Rechte immerhin durch Anhängigmachung eines neuen Rechtsstreites gelangen kann.

6. Ich rügte oben den Mangel an einer Bestimmung, die genau festsetzte, wie oft Fristerweiterungen angesucht werden können, wodurch es ganz dem Ermessen des Richters überlassen ist, ob und wie oft er Fristerweiterungen bewilligen wolle. Anders war es nach gemeinem Rechte. Nach diesem konnten in der Regel einer Partei nur zwei Dilationen, somit drei Fristen zu Gute kommen. Weitere Dilationen kann zwar auch nach gemeinem Rechte der Richter gewähren, wenn sehr wichtige Gründe dafür geltend gemacht werden. Zu bemerken ist noch, daß nach gemeinem Rechte bereits die zweite Fristerweiterung dadurch erschwert war, „daß der Fristwerber den Gefährde-Eid dahin leisten muß, daß er die Frist nicht aus Verzögerung, sondern aus wahrer Nothdurft suche, und daß die vorgeschützten Ursachen wirklich gegründet seien" (Buddeus in Weiske's Rechtslexikon, IV. Frist).

7. Die Nothwendigkeit einer genauen Festsetzung der Fristen betont vorzüglich Gensler[1]). „Der gesetzliche Befehl, daß die Thätigkeit der Parteien in einem eröffneten Processe geregelt und in Fristen eingeengt sein solle, bezweckt Beförderung der Justizpflege, und ist in so ferne ein staatsrechtliches Princip;" ich füge hinzu, auch ein volkswirthschaftliches Princip. Die Beförderung der Justizpflege, welche ge-

[1]) Archiv f. civ. Praxis IV, Abhdl. XVI.

wiß in der Einengung der Thätigkeit der Parteien in Friſten gelegen iſt, dürfte jedoch allein dort kaum wirklich eintreten, wo, wie in Oeſterreich, nach dem Hofdecrete v. 4. Juni 1789, Nr. 1015, der Friſterſtreckungsgrund nur wahrſcheinlich zu machen iſt. — Zu dem Ziele der Beförderung der Juſtizpflege führt die Androhung der Parteien mit Geldbußen, wenn ſie ein arctatoriſch-dilatoriſches oder ein peremtoriſches Decret nicht befolgen, wie dieß nach dem Zeugniſſe Gensler's einige Landesgeſetze beſtimmen. — Iſt es einerſeits zweckmäßig, daß die Parteienthätigkeit innerhalb gewiſſer, genau beſtimmter Friſten, unter ſonſtiger Herbeiführung des Verluſtes der Vertheidigung, ja ſelbſt der Geldbußen (wie oben) geſchehe; ſo iſt es andererſeits gegründet, wenn das Eintreten der Nachtheile, die mit dem Ungehorſam gegenüber dem richterlichen Befehle verbunden ſind, eine culpa wenigſtens (ſ. Gensler) vorausſetzt, daher ſoll auch, wie Gensler es will, das arctoriſche (gebietende) Decret „die Zeitfriſt oder die Tagfahrt namentlich" beſtimmen, „innerhalb oder an welcher die Handlung zu vollziehen ſei", oder „die Hindeutung auf das Geſetz, und zwar dem Geſetze gemäß", enthalten. — Die nachtheilige Folge der contumacia ſoll dagegen unter der Bedingung nicht eintreten, wenn der Beweis des Abgangs der culpa auf Seite des angeblichen contumax erbracht wird. Uebrigens ſind nach gemeinem Rechte die erſten geſetzlichen Friſten ſogleich Nothfriſten, von den richterlichen die dritte oder die als peremtoriſch erklärte erſte Friſt, welche aber dann einen Zeitraum umfaſſen muß, der dem dreier Friſten gleicht [1]). Dieſe letztere, dem Ermeſſen des Richters überlaſſene Beſtimmung dürfte allein nach meiner Anſicht nur unter der Bedingung zu rechtfertigen ſein, wenn von Seite der die Friſterweiterung anſuchenden Partei der Gefährde-Eid geleiſtet worden iſt.

8. Ein ſehr gutes Mittel gegen ungegründete Dilationsgeſuche wollen Einige darin finden, daß der Advocat, welcher ein derartiges Geſuch verfaßte, alle hiedurch verurſachten Koſten zu tragen habe, wie dieß das herzogl. altenburgiſche Mandat, Erläuterungen und Zuſätze zu der Proceß- und Advocatenordnung enthaltend (Geſetzſammlung von 1823), §§. 12, 48, 51 beſtimmt. Eine derartige Beſtimmung kann jedoch nicht gerechtfertigt werden. Denn es iſt gewiß Sache der Advocaten, das Recht der Parteien, die ſie vertreten, mit allen im Geſetze zuläſſig erklärten Mitteln zu wahren. Sind nun Friſtdilationen möglich, ſo kann gerechter Weiſe, insbeſondere dann, wenn der Advocat mit Wiſſen

[1]) Buddeus in Weiske's Rechtslexikon IV, S. 367.

und Willen der Partei das Dilationsgesuch verfaßte, von einer Verantwortlichkeit desselben und Verbindlichkeit zur Tragung der hiedurch verursachten Proceßkosten keine Rede sein. Allenfalls mag die Partei ihren Vertreter wegen unnützer Weise aufgebrachten Kosten im Rechtswege zu belangen das Recht haben. Allein ohne ein derartiges Einschreiten der Partei, den Advocaten zur Tragung der durch die Dilationsgesuche verursachten Kosten zu verpflichten, ist jedenfalls mit dem Verhältnisse, welches zwischen demselben und der Partei besteht, unvereinbar. Uebrigens sind die Nachtheile, die aus bloßen Dilationsgesuchen entstehen, nämlich die hiedurch verursachten Kosten, sehr geringfügig.

Dagegen muß ich, wenn man schon Fristerstreckungen beibehalten will, als das sicherste und gewiß auch billigste Mittel gegen ungebührliche Fristerweiterungen dieses bezeichnen, daß der Richter, welcher ungerechtfertigter Weise eine Dilation gestattet und dessen überwiesen wird, die hiedurch verursachten Proceßkosten und Nachtheile für den Gegner des Fristwerbers, welche dieser zu begründen vermag, ersetze. Man glaube ja nicht, daß dadurch eine immense Last für den Richter entstünde. Dieß kann schon aus dem Grunde nicht der Fall sein, weil die Entscheidung der dießfälligen Frage, ob die Dilation zu gestatten sei oder nicht, mit keinen Schwierigkeiten verbunden ist. Es läge aber in einer solchen Bestimmung das beste Mittel gegen eine oberflächliche Behandlung der Fristerstreckungsfrage. — Eine sachgemäße, aber in der Praxis, wenigstens in der Richtung, die ich so eben hervorgehoben habe, nicht befolgte Anordnung findet sich im §. 575 westg. G. O. vor. — Jedenfalls sollten die durch ungerechtfertigte Dilationen verursachten Nachtheile, wie überhaupt jede durch die Organe des Staates veranlaßte widerrechtliche Verletzung der Staat den Parteien vergüten [1]), wobei ihm der Regreß gegen den betreffenden Beamten zustehen muß. So hat in neuester Zeit Zachariä (Zeitschrift von Rau, XIX. Bd.) in seiner Abhandlung über die Haftungsverbindlichkeit des Staates sehr gut gezeigt, daß „die Nothwendigkeit der Anerkennung dieser Haftpflicht auf einer Forderung des allgemeinen Interesses Derjenigen, welche mit den Beauftragten des Staates in Verkehr treten, resp. treten müssen, beruhe“ (S. 610). Dieses begründet Zachariä (S. 632) folgenderweise: „Wo die Beamten als Organe des Staates handeln und von der ihnen übertragenen Amtsgewalt für staatliche Zwecke Gebrauch machen, müssen

[1]) Die Verantwortlichkeit des Staates aus widerrechtlichen Handlungen seiner Diener vertheidigt Mittermaier im Archiv für civ. Praxis XLVII, 2.

ihre Handlungen rechtlich als Handlungen des Staates betrachtet werden, und wenn man dieß zugibt, so wird man es auch da anerkennen, wo der Schutz der Unterthanen gegen widerrechtliche Verletzungen durch Beamte bei Ausübung ihrer Amtsgewalt in Frage ist. Auf die Weise wird die Haftpflicht des Staates für Schadenszufügung seiner Beamten eine streng rechtliche, auf staatsrechtlicher Basis beruhende Forderung" [1]).

Man kann Zachariä nur beipflichten, wenn er sich gegen Pfeiffer, der die Haftpflicht des Staates für die Acte der richterlichen Gewalt völlig ausgeschlossen wissen will [2]), ausspricht. Sprechen ja doch auch hier dieselben Gründe für die Haftpflicht des Staates, als für die wegen der administrativen Acte.

9. Ich habe oben die Behauptung aufgestellt, daß dem Kläger blos in dem Falle, wenn er sein angesprochenes Recht durch unbedenkliche Beweismittel erwiesen hat, dieses zuerkannt werden sollte; so daß der Richter auf Grundlage der angeführten, aber nicht erwiesenen [3]) Behauptungen des Klägers die Condemnation des Belangten, resp. die

[1]) Aus diesen Gründen kann ich Schilling nicht beipflichten, wenn er i. a. W. I, 74 die Haftpflicht des Staates als eine „Rechtspflicht von gemischter Art" auffaßt, „welche zwar in Verhältnissen des öffentlichen Rechts stattfindet, aber zunächst das Privatinteresse Einzelner betrifft". Mir scheint der letztere Zusatz unrichtig zu sein. — So sagt Schlayer in Linde's Zeitschrift, N. F. XIII, S. 121: „Das Verhältniß der Behörden bleibt vielmehr auch da, wo die Erfüllung des Staatszweckes sie in nähere Beziehung zu den Einzelnen bringt, ein principiell-publicistisches."

[2]) Auch Zöpfl ist, Grundsätze des allgem. Staatsrechts (3. Ausg.), S. 369 ff., der Meinung, daß wegen „der Unabhängigkeit des Richters" von einer Haftpflicht des Staates bezüglich der Acte der richterlichen Gewalt keine Rede sein könne. Indessen lassen sich die Gründe, welche Zöpfl zur Begründung der Haftpflicht des Staates für Acte der Administrativbeamten anführt, ohne Weiteres auch für die Haftung wegen der Acte des Richters geltend machen. Sind nicht etwa, wie dem Administrativbeamten gegenüber, auch dem Richter zu vertrauen „die Privaten durch das Gesetz gezwungen"? Genießen nicht etwa die Richter eben so gut wie die Administrativbeamten eines ihnen „von dem Staate kraft eines Privilegs beigelegten öffentlichen Characters"?

[3]) So sagt Unger System II, 605, N. 9: „Behauptungen, die nicht gehörig bewiesen sind, hat der Richter als ungenügend anzusehen." Daß aber ein Geständniß nicht mit gutem Grunde zu fingiren sei, lehrt Mittermaier, Archiv f. civ. Praxis II, S. 181, wo er sich gegen die durch Artikel 21 des Entwurfes für die großherz. hess. Staaten „vorgeschriebene strenge Contumacialfolge", „nach welcher der ungehorsame Beklagte als geständig und der Einreden verlustig angenommen wird", ausspricht. Denn, erschiene auch die Partei, so könnte sie das Vorbringen des Klägers in Abrede stellen. Die Verpflichtung der Parteien aber, die Wahrheit anzugeben, ist ohne Strafandrohung ein Unding, wie Beschorner (Gerichtshalle IX, 4) richtig bemerkt, „eine Glocke ohne Klöppel". Vergl. auch Haimerl's Magazin I, S. 164.

bloße Anerkennung eines dem Kläger gegen diesen zustehenden Rechtes zu treffen nicht befugt sein sollte. Dieß ist auch der Geist der französischen Proceßgesetze, „wenngleich nach Holzschuher (Der Rechtsweg) die Praxis schwankt und sich im Zweifel mehr zur Verurtheilung des defaillant neigen wird". So hält es auch die Praxis in den deutschen Rheinländern und Belgien. Wird nämlich von dem Gerichte nach erfolgter Nachweisung der geschehenen Ladung die Contumaz des ausgebliebenen Beklagten ausgesprochen, so „wird auf Grundlage der vom Kläger dem Gerichte schriftlich überreichten Anträge (conclusions) dem Klagebegehren willfahrt, wenn solches gerecht und wohl erwiesen befunden wird. Das bloße Ausbleiben des Belangten hat demnach nicht nothwendig die Verurtheilung des Belangten zur Folge" (s. den Rechenschaftsbericht der aus Galizien nach den deutschen Rheinländern und Belgien abgesandten Commission).

Auf einem entschieden anderen [1]) Standpunkte steht die österreichische Praxis auf Grundlage mehrerer Bestimmungen unserer Gerichtsordnungen, die sich wohl nicht rechtfertigen lassen. Nach unseren Gerichtsordnungen soll nämlich dem contumazirenden Theile in Betreff des in der Klage angeführten Factums, in so weit die zufälliger- und ungeschickterweise beigebrachten Beweismittel dem Vorgebrachten nicht derogiren, voller Glaube beigemessen werden. Dadurch werden vielfache Restitutionen veranlaßt, die, wenn bewilligt, den Kläger an der Realisirung seines Rechtes hemmen, — wenn nicht, nicht unselten formelles Recht dort entstehen lassen, wo materielles Recht vollends mangelt.

10. Eine, wie mir scheint, richtigere Bestimmung über die Fristerstreckungen, als dieß von den neueren Gesetzen überhaupt und selbst von den gegenüber diesen als zweckmäßiger erkannten Anordnungen des gemeinen Rechtes behauptet werden kann, ist die des attischen Rechtes.

Wiewohl auch in Athen Klagen über verzögerte Rechtspflege, wie dieß einige von Meier und Schömann angeführte Stellen darthun, vorgekommen sein mochten, so mag dieß in einer den Bedürfnissen des in Athen entwickelten Verkehrs nicht entsprechenden Richterzahl und Gerichtsorganisation seinen Grund gehabt haben.

Allein über die Frage, die uns gegenwärtig beschäftigt, findet sich eine Bestimmung im attischen Rechte vor, welcher wohl der Gedanke

[1]) Daß die Behauptung der Verfasser des Rechenschaftsberichtes, „nach den österr. Gerichtsordnungen gelte in der Beziehung das Nämliche, was in Belgien und den deutschen Rheinländern gilt, ungegründet sei, ergibt sich aus der Auseinandersetzung im Texte.

einer möglichst schnellen, gerichtlichen Unterstützung des Berechtigten zur Durchsetzung des erhobenen Rechtsanspruches zu Grunde liegt. Ueberhaupt ist die eigentliche Tendenz der fraglichen Bestimmung, den Berechtigten nicht unnützer Weise von der Laune des Verpflichteten abhängig zu stellen. Es waren nämlich nach attischem Rechte Fristdelationen nur unter der Bedingung gestattet, daß die vom Belangten oder dessen Bevollmächtigten vorgebrachte Ursache, deren wegen die Aussetzung des Urtheils angesucht wurde, eidlich erhärtet werden mußte. Daher hieß die Angabe der Verhinderungsursache ὑπωμοσία. Der Gegentheil konnte seinerseits einen Gegeneid ἀντ ὀμωμοσία entgegensetzen, indem es ihm zustand, die angeführte Entschuldigungsursache als unstatthaft zu erklären. Aber auch diese Entgegensetzung mußte eidlich erhärtet werden, wie sich dieß schon aus der Bezeichnung ἀντ ὀμωμοσία ergibt. — Wurde eine ἀντωμοσία entgegengesetzt, so fand eine eigentliche Verhandlung darüber statt, ob die vom Belangten angestrebte Fristdelation zugelassen werden könne oder nicht [1]).

Die Vorzüge, welche in dieser Institution des attischen Rechtes selbst gegenüber dem gemeinen Rechte zu finden sind, liegen auf der Hand, wenn man erwägt, daß diese sachgemäße Anordnung einer eidlichen Bekräftigung der vorgebrachten Entschuldigungsursache schon bei dem ersten Fristdilationsansuchen in Uebung trat, während sie nach gemeinem Rechte erst in dem Falle der angesuchten zweiten Fristdilation Anwendung fand.

Daß der Eid, welcher, um eine Fristerstreckung zu erwirken, geschworen werden mußte, das einfachste und sicherste Mittel gegen ungebührliche Verzögerungen von Seite des Schuldners bilde, ist nicht zu bestreiten; denn es ist kaum ein Meineid wegen einer Fristdilation zu befürchten. Aber auch dieser Besorgniß läßt das attische Recht keinen Raum, indem der Kläger die ἀντωμοσία entgegenzusetzen berechtigt war. Da entschied nun der Richter sogleich, ohne jedweden unnützen Aufschub, welcher Partei der angetragene Eid aufzulegen sei, und sonach auch, ob die angesuchte Fristdilation zu gestatten oder zu verweigern sei.

11. Eine ähnliche Anordnung findet sich im J. R. A. (§§. 38, 97), wornach die erste Prorogation nicht anders, als auf Grund eines Hinderniſſes hin zu bewilligen war, „das entweder in sich selbst glaub-

[1]) Siehe die trefflichen Auseinandersetzungen bei Meier und Schömann, „Der attische Proceß".

würdig, oder aber genügend und nöthigenfalls durch einen Eid erwiesen sein mußte. Regelmäßig waren Prorogationen nicht über Einmal zu gewähren [1]). Ich kann Wetzell nicht beipflichten, wenn er erklärt, daß zwischen Prorogationen und Dilationen ein strenger begrifflicher Unterschied bestehe, und aus dem Grunde die Benützung der auf die Dilationen bezüglichen Bestimmungen in der Lehre von den Prorogationen unstatthaft sei. Gibt ja doch Wetzell selbst zu (S. 766), daß sich die Ladungen, rücksichtlich deren von einer termini prorogatio gesprochen wird, und die Dilationen nicht so sehr im Inhalte, als vielmehr in der Veranlassung und Form unterscheiden. Während nämlich zu einer prorogatio der Richter auch aus eigenem Antriebe (S. 567), wenn er selbst verhindert ist, einschreiten kann, — ist dieß bei den Dilationen nicht der Fall. Aber auch dieser nicht begriffliche, sondern blos äußere Unterschied verliert sich zum Theile. So erklärt Wetzell i. a. W. es als das Gewöhnliche, daß eine prorogatio auf Ansuchen einer daran interessirten Partei vorgenommen wird.

12. Das Ergebniß dieser Erörterungen ist demnach folgendes: Die Möglichkeit, Fristerstreckungen zu werben, soll ganz abgeschnitten werden, weil die Erfahrung lehrt, daß solche nur äußerst selten [2]) aus gegründeten, in Wahrheit bestehenden Ursachen angesucht werden; — die Gesetze aber nicht auf exceptionelle Fälle, sondern auf die regelmäßig vorkommenden berechnet sein sollen [3]). Der Theil, dem gegenwärtig Fristdilationen zu Gute kommen, büße nicht das Recht ein, einen nicht angebrachten oder nicht erwiesenen Umstand später geltend zu machen; daher sei ihm die restitutio ob noviter reperta, so lange das Urtheil nicht gänzlich exequirt worden ist, zu gestatten, für den Fall aber, wenn das Urtheil bereits vollständig exequirt ist, stehe ihm das Recht zu, seinen Rechtsanspruch in einem neuen Processe mittelst einer neuen Klage geltend zu machen.

---

[1]) Siehe Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses.

[2]) Trägt man unseren Anträgen Rechnung, so wird dadurch auch die Rechtsidee verwirklicht, indem hiedurch „der Streit viel häufiger beseitigt und vermieden wird, als es sonst der Fall wäre“ (Geyer Rechtsphil. S. 147 und S. 206). Genaue Festsetzung der Fristen ist nöthig, „um dem für eine Rechtsordnung unerträglichen Zustande ewig schwankender Rechtsgrenzen ein Ende zu machen“ (Derselbe a. a. O.). — Ich glaube demnach, den Worten Ulpians's, libro IV Fideicommissorum L. 2. D. de constit. princ (I, 4): In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est, Rechnung getragen zu haben.

[3]) L. 5 D. de leg. (I, 3), L. 6 eod. tit.

II. Die Rechtsmittel [1]).

1. Die Nothwendigkeit dieser und des Instanzenzugs [2]) zu leugnen, hieße den Gesetzen der Gerechtigkeit Hohn sprechen. Denn Irrthum ist auch bei dem Richter möglich. Zwar ist auch der höhere Richter, und wo eine dritte Instanz besteht, der Richter dieser eben so wenig infallibel, als der Richter der ersten Instanz. Auch ist es nicht gerade gewiß, daß sein Spruch gerechter sein werde, als das erstrichterliche Urtheil. Indessen liegt schon darin, daß über eine und dieselbe Sache mehrere Instanzen das Urtheil fällen können, eine größere Garantie hiefür [3]), daß der wirklich Berechtigte aus dem Rechtsstreite siegreich hervorgehen werde [4]). Dieser Grund ist der gewichtigste, der für die Nothwendigkeit mehrerer Instanzen angeführt werden kann.

Allein aus der anerkannten Nothwendigkeit eines Instanzenzuges ist nicht zu folgern, daß gegen jedes richterliche Decret, gegen jeden richterlichen Befehl die Berufung statthaft sein solle. Wenigstens ist eine abgesonderte Berufung gegen präperatorische Urtheile nicht zu gewähren, wenn man nicht unnütze Verzögerungen im Rechtsstreite mit allen Mitteln herbeiführen und die höheren Gerichte mit unnützen Fragen überhäufen will. Gegen präparatorische Urtheile soll nach dem Vorbilde des französischen Rechtes die Appellation erst nach Fällung des Endurtheils, und zwar zugleich mit der Appellation gegen das letz-

---

[1]) Bezüglich des historischen Theiles s. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IX, S. 250 fg.

[2]) Dieß gilt unbedingt im schriftlichen Processe, im mündlichen nur bedingt. Es soll nämlich nur die Beurtheilung der Rechtsfrage „des rechtlichen (juristischen) Werthes des thatsächlich Festgestellten einer neuen richterlichen Prüfung in zweiter Instanz unterzogen werden", da sonst eine Aufhebung der Bedeutung der Mündlichkeit vorläge, wenn auch in thatsächlicher Hinsicht (Thatfrage) die Anfechtung des erstrichterlichen Erkenntnisses zulässig wäre, was eben eine appellatio a judice bene informato ad judicem pejus informandum wäre (s. die vorzügliche Auseinandersetzung bei Zachariä, Handbuch des deutschen Strafprocesses, I. Bd., S. 52, 53 fg.).

[3]) Ich kann die Ansicht Heimbach's nicht theilen, wenn er behauptet, es sei „der Grundgedanke der römischen, canonischen und heutigen Appellation, daß höhere Beamte untersuchen und entscheiden, ob der Niedere die Gesetze richtig angewendet habe". Der Umstand, daß höhere Beamten in höherer Instanz entscheiden, ist unwesentlich.

[4]) Schilling Naturr. II. 166: „Die Einrichtung der Instanzen dient dazu, die Gründlichkeit der Rechtspflege zu befördern und Verschiedenheiten zwischen dem förmlichen und dem wirklichen Rechte so viel als möglich zu verhüten."

tere, gestattet sein [1]). Auch ist eine Verwahrung gegen das präparatorische Urtheil vor der Vollziehung desselben aus dem Grunde überflüssig [2]), weil gegen das Endurtheil und das Präparatorische [3]) nur zu gleich, nicht abgesondert, appellirt werden soll. Vollends nicht zu billigen ist es, wenn selbst gegen Decrete, durch welche der Streit der Parteien über die Art und Weise des Verfahrens beigelegt wird, Berufungen statthaft sind, und dießbezügliche Recurse sogar einen Suspensiv-Effect haben [4]). Daß nur dort von Incidenzstreitigkeiten die Rede sein kann, wo verschiedene Verfahrungsarten bestehen, versteht sich wohl von selbst. Daher kann auch diese Frage nur dort von Wichtigkeit sein, wo mehrere Verfahrungsarten bestehen, wie z. B. in Oesterreich. Ich spreche mich aber gegen die Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegenüber den richterlichen Erlässen über die Incidenzstreitigkeiten deshalb aus, weil es wohl nicht thunlich ist, dem Richter in einer so einfachen Frage, als die ist, welche Verfahrungsweise in einem concreten Falle stattzufinden habe, Ignoranz oder Irrthum zuzumuthen. Sind doch die gesetzlichen Bestimmungen darüber, welche Verfahrungsweise in einem concreten Falle stattzufinden habe, so genau und klar, daß ein Zweifel in der Anwendung derselben kaum entstehen kann [5]).

---

[1]) Siehe Rechenschaftsbericht, und auch Holzschuher: Der Rechtsweg, S. 489.

[2]) Siehe die Gründe hiefür bei Holzschuher S. 489 fg. Vergleiche auch Beschorner (Gerichtshalle IX, 4).

[3]) Auch Haimerl befürwortet die Einstellung der Berufung gegen Interlocute. Magazin I, S. 182, und II, S. 365, 370.

[4]) Die sachgemäße Bestimmung der Verordnung vom 7. April 1785, „welche dem an den oberen Richter genommenen Recurse durchaus keine Aufhaltung des rechtlichen Zuges zusteht" (wohl zugesteht), wurde durch Patent vom 1. Juli 1790, J. G. S. Nr. 31, „dahin gemäßigt" (unzweifelhaft für den Schuldner, keineswegs aber für den Gläubiger), „daß während eines Recurses über eine Förmlichkeit des beim ersten Richter noch im Zuge befindlichen Verfahrens bis zu desselben Erledigung mit Schöpfung des Urtheils nicht vorgegangen werden könne".

[5]) Das Gesetz vom 3 brumaire II enthielt schon den Grundsatz: Berufungen gegen Interlocute sind unzulässig (Fragmente aus Krzyżanowsky's Proceß in der polnischen Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, Jahrg. 1864, S. 695). — Eben so sind nach dem sächsischen Entwurfe suspensive Rechtsmittel gegen den Bescheid, womit die Thatsachen bezeichnet werden, welche von der einen oder anderen Partei zu beweisen sind, und durch welche eine Frist zur Antretung des Beweises bestimmt wird — also gegen Interlocute — unzulässig (s. Zerener cit. Schrift S. 254). Vergl. auch die richtige Plenarentscheidung des obersten Gerichtshofes vom 15. April 1852, Z. 3604 (Gerichtszeitung, Jahrg. 1865, Nr. 14). — Treffend sagt Mittermaier (Archiv f. civ. Praxis, Bd. II, S. 181): „So lange man nicht das Verschiebendürfen der Appellation gegen Zwischenurtheile in ein Verschiebenmüssen verwandelt, werden die Advocaten doch nicht abwarten, son-

Man führe dagegen nicht an, daß Irrthum und Ignoranz von Seite des Richters auch in der Beziehung möglich sei. Die Möglichkeit dessen stelle ich nicht in Abrede, jedoch — und wohl mit gutem Grunde — die Wahrscheinlichkeit [1]), ein Moment, das in den neueren Gesetzen nur zu wenig Beachtung fand.

Man führt Institutionen ein, weil jene Uebel, die durch diese unmöglich werden sollen, möglich sind, und beachtet nicht, daß durch diese Präventivmaßregeln gegen mögliche, aber höchst unwahrscheinliche Uebel andere herbeigeführt werden, die nun in der Regel eintreten, weil die durch diese Präventivmaßregeln auszuschließenden Uebel unwahrscheinlich sind und nur höchst ausnahmsweise eintreffen. Dieß ist im Allgemeinen auch der Standpunkt der österreichischen Gesetze. Dieselben nehmen auf alle noch so unwahrscheinliche Möglichkeit, dem Belangten können gute Gründe gegen die erhobenen Ansprüche des Klägers zur Seite stehen, Rücksicht; daher die vielfachen Fristerstreckungen, daher die Zulässigkeit der Rechtsmittel gegen jedes richterliche Decret. Unser Richterstand übertrifft in der Beziehung alle Erwartungen, er gestattet in einer und derselben Rechtssache 45 und noch mehr Fristerweiterungen, weil es immerhin möglich ist [2]), daß der Belangte Vertheidigungsmittel auffinden werde. — Dagegen beachten die österreichischen Gesetze und noch weniger der österreichische Richter-

---

dern die proceßverzögernde Appellation gebrauchen, so oft sie können." — Den richtigen Grundsatz der Unzulässigkeit suspensiver Rechtsmittel gegen Interlocute enthält der erste Satz des §. 555, Entw. einer allgem. deutschen Civilproceßordnung. Doch wird dieser richtige Grundsatz in der dritten linea desselben Paragraphes zum Theile aufgegeben. — Letzteres tadelt Beschorner entweder grundsätzlich nicht, oder er hat es übersehen.

[1]) Mit gutem Grunde tragen die römischen Juristen dem Wahrscheinlichkeitsmomente Rechnung. L. 3. D. de leg. (1, 3) Pomponius libro XXV ad Sabinum. Jura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his, quae ἐπὶ τὸ πλεῖόν τον accidunt, non quae ἐκ παραλόγον. — L. 4. D. eod. tit. Celsus libro V. Digestorum: Ex his, quae forte uno alioque casu accidere possunt, jura non constituuntur. L. 5. D. eod. tit. Idem libro XVII Digestorum: Nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt. — L. 6. D. eod. tit Paulus libro XVII ad Plautium: Τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς, ut ait Theophrastus, παρα βαίνοῦσιν οἱ νομο θέται. — L. 10. D. eod. tit. Julianus libro L. IX. Digestorum: Neque leges, neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit ea, quae plerumque accidunt, contineri. — Daß es auch auf die Wahrscheinlichkeit ankomme, behauptet für einen wohl in dieser Richtung analogen Fall Mohl, Präventiv-Justiz, S. 336.

[2]) Dasselbe behauptet Unger System VI, §. 39, Note 8, S. 164 von der Verlassenschaftsabhandlung.

stand nicht, daß diese Fälle des Möglichen dennoch unwahrscheinlich sind, daß durch die zu weit gehende Besorgniß, der Belangte möge nicht ungebührlicher Weise verurtheilt werden, regelmäßig der Kläger leidet [1]), daß daher durch die österreichischen Gesetze und den österreichischen Richterstand größere und überwiegend mehr Uebel herbeigeführt, als hintangehalten werden, daß dadurch die wichtigsten Quellen des Volkswohlstandes versiegen müssen.

Anders verhält es sich mit den Definitivurtheilen. Hier sind Appellationen, wenn sie während der gesetzlichen Frist angemeldet werden, am Platze. Denn jedes Definitivurtheil ist für beide Parteien von unermeßlicher Wichtigkeit; ein Irrthum ist hier nicht nur möglich, sondern auch nicht unwahrscheinlich. Ist doch die Entscheidung eines Rechtsfalles nicht selten sehr schwierig. Oft fehlt dem Richter eine sichere Grundlage für die Beurtheilung des Rechtsfalles in juristischer Beziehung, so z. B. wenn er eine Controverse betrifft. Hiezu kommt noch die Schwierigkeit, das Thatsächliche richtig aufzufassen und der Abgang einer objectiven Richtschnur für die Beurtheilung der Thatfrage, da diese nur von der Einsicht und Erfahrung, also von subjectiven Umständen abhängt. Nicht genug damit: ein richtig erkanntes und gewürdigtes Factum kann unter einen falschen Rechtssatz subsumirt werden. Die Möglichkeit einer falschen Subsumtion ist auch nicht unwahrscheinlich. — Man berücksichtige nur, wie verschieden einzelne Bestimmungen der materiellen Gesetze interpretirt werden.

2. Eine wichtige Frage ist die, ob es drei oder nur zwei Instanzen geben solle. Mehr als drei Instanzen, wie im canonischen und römischen Processe, sind gewiß überflüßig, da schon in der Uebereinstimmung der Urtheile zweier Instanzen eine genügende Garantie für die Gerechtigkeit des Urtheils liegt. — Rippel spricht sich in seinen Materialien für die Beibehaltung der dritten Instanz [2]) aus, deren Abschaffung von den Berichterstattern des öfter angezogenen Rechenschaftsberichtes (S. 71) vertheidigt wird. Ich stimme Rippel bei, indem die Abschaffung der dritten Instanz eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichstellung der Parteien im Processe ist. Findet kein weiterer

[1]) Sehr gut bemerkt Dr. Kopp (Gerichts-Halle IV, 27: Zur Justiz-Reform): „In dieser besten Welt verdient der Gläubiger oft vielmehr unser Mitleid, als der Schuldner."

[2]) Im Königreiche Polen bestehen drei Instanzen (Krzyżanowski: Fragm., Jahrg. 1864, S. 706). — Die Bestimmung des zweiten Absatzes des §. 554, Entwurfs einer allg. deutsch. Civilproceßordnung, finde ich daher nicht sachgemäß.

Rechtszug statt, so hat das Urtheil zweiter Instanz lediglich aus dem Grunde, weil es ein Urtheil der zweiten Instanz ist, Geltung, wenn auch das Urtheil der ersten Instanz anders lautete. Einen anderen Grund für die Giltigkeit des Urtheils der zweiten Instanz kann man im Falle einer Differenz der Urtheile beider Instanzen kaum anführen. Ob nun dieß überhaupt ein Grund zu nennen sei, möchte ich bezweifeln, eben so hartnäckig, als wollte mir Jemand die Ueberzeugung von der Wahrheit, „Einmal Eins ist Eins", durch „Einmal Eins ist Eins" beibringen. Der angebliche Grund der Zahl der Richter in zweiter Instanz, den die Berichterstatter des Rechenschaftsberichtes anführen, ist nur ein äußerer, er gibt sogar den Gegnern ein gutes Mittel an die Hand, gegen sie zu Felde zu ziehen. Denn gewährt der Ausspruch der Richter der zweiten Instanz wegen größerer Anzahl der Stimmenden eine bedeutendere Garantie für die Richtigkeit und Gerechtigkeit desselben, so ist eine noch größere Garantie, wie sie uns bei einer noch stärkeren Richterzahl durch die dritte Instanz geboten wird, nicht zu verschmähen. Sehr richtig finde ich daher die Bemerkung Kopp's[1]): „Zwei einander widersprechende Urtheile haben weniger Gewicht, als ein einzelnes, sie verstärken nicht die Autorität des Richterspruches, sondern erschüttern sie; das höhere Ansehen des Appellationsgerichtes hilft dem nicht ab; wir wünschen vielmehr eine ungleiche Instanzenzahl aus dem Grunde, warum ein Richtercollegium mit gleicher Votantenzahl eines Vorsitzenden bedarf, dessen Votum bei gleich getheilten Stimmen den Ausschlag gibt."

Daß auch der fernere Grund für die Abschaffung der dritten Instanz[2]), es könne Fälle geben, „wo das dritte Gericht weder die Meinung des ersten, noch zweiten Richters theilt", nicht stichhältig sei, beweist Rippel. Seiner Ansicht stimme ich bei, obgleich ich wieder seine Begründung nicht theilen kann, als ob es keinen Fall geben könnte, in welchem der oberste Richter ein Erkenntniß schöpfte, „das nicht wenigstens theilweise eine Bestätigung des einen oder anderen Urtheils enthielte". Ich pflichte aber Rippel aus dem Grunde bei, weil der Fall einer Divergenz der Urtheile aller drei Instanzen sehr unwahrscheinlich ist.

Die Beibehaltung der dritten Instanz läßt sich durch den Umstand vertheidigen, daß es ungebührlich ist, dem Urtheile der zweiten

[1]) Gerichtshalle IV, Zur Justizreform.
[2]) Rechenschaftsbericht, S. 72.

Instanz, wenn es auch nicht mit dem der ersten übereinstimmt, Geltung zu gewähren, da in einem solchen Falle eigentlich beide Parteien gleiche Gründe für ihr Recht, resp. gegen das ihres Gegners haben. Anders verhält es sich dagegen bei dem Bestande dreier Instanzen. Die regelmäßig vorkommende Uebereinstimmung der Urtheile zweier Instanzen gewährt eine sicherere Garantie, als die bloße Rücksichtnahme auf die Richterzahl des Gerichtshofes.

3. Dagegen kann ich Nippel nicht beipflichten, wenn er die in Frankreich bestehende Einrichtung, zufolge deren in geringfügigeren Gegenständen [1]) die streitenden Theile sich mit dem Ausspruche auch nur eines Richters zu begnügen haben [2]), billigt; denn der zur Rechtfertigung dieser Ansicht vorgebrachte Grund, „daß in vielen Angelegenheiten des gemeinen Lebens man sich mit dem Ausspruche eines Sachverständigen begnüge", beweiset nichts. Zu dem kömmt noch, daß die Frage, was „geringfügig" zu nennen sei, in vielen Beziehungen nicht gut zu lösen ist, und aus dem Grunde der Geringfügigkeit des Gegenstandes, um den es sich handelt, die Leichtigkeit der Entscheidung des Rechtsfalls wohl nicht gefolgert werden kann. Es ist aber auch ungerecht, der Geringfügigkeit des Gegenstandes wegen den durch das Urtheil Gekränkten die sonst zulässige Berufung zu versagen — und unbillig [3]), weil der Gegenstand, der an und für sich geringfügig ist, da-

[1]) L. 20. C. de appell. et consult. (7, 62) Constantinus A. Albino. Et in majoribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est. — Die Fälle, in welchen nach römischem Rechte die Appellation unzulässig war, sind ihrer Natur nach ganz verschieden von dem Grundsatze des Entwurfes einer allg. deutschen Civilproceßordnung (§. 554); so l. 1 §. 3 D. a quibus appell. non licet (49, 2) Si quis ante sententiam professus fuerit, se a judice non provocaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit; L. 5. §. 6. C. de temp. et reparat. (7, 63); l. 7. D. de appell. recip. (49, 5) und andere, jedoch für uns zum größten Theile unpractische Fälle.

[2]) Wenn auch in Genf nach Mittermaier (Der summarische Proceß, S. 43, 44) seit 1832 „mit gutem Erfolge" eingeführt worden ist, „daß der Präsident des Civiltribunals über alle Personal- und Mobiliarklagen (eben die schwierigsten) bis zum Betrage von 125 Gulden inappellabel spricht". Dagegen lassen sich sehr gut die Worte Kopp's anführen: „Wir befürchten nach der Eigenthümlichkeit der Menschennatur, daß ein Richter, der sich der Inappellabilität seiner Urtheile bewußt ist, sich allzuleicht über die Form des Gesetzes und endlich auch über das Wesen des Rechtes hinaussetzt." Eine ähnliche — verwerfliche Bestimmung findet sich in der zweiten linea des §. 554 einer allgemeinen deutschen Civilproceßordnung. Auch hier finden sich unbestimmte Ausdrücke, wie: „geringer Werth", „geringfügige Rechtsstreitigkeiten", vor.

[3]) L. 6. D. de appell. rec. (49, 1) Ulpianus libro II de appellationibus. Credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri

her von keinem beſonderen Nachtheile des Verlierenden die Rede ſein kann, für eine der Parteien nicht geringfügig, und daher ein gewiſſes Intereſſe für dieſelbe haben kann.

4. Liegt ſchon in der Uebereinſtimmung der Urtheile zweier Inſtanzen eine beſtimmte Garantie für die Gerechtigkeit desſelben, ſo bedarf es unter keiner Bedingung einer Intervention der dritten Inſtanz. Dieſes iſt auch in der galiziſchen Gerichtsordnung ausdrücklich beſtimmt. Durch Decrete vom 17. October 1797, Nr. 384, 15. Februar 1833, Nr. 2593 (Weſſely S. 868 u. 869) iſt jedoch die außerordentliche Reviſion gegen zwei gleichlautende Urtheile zuläſſig erklärt, welche aber in der That einem ordentlichen Rechtsmittel vollkommen gleicht. Rippel meint, die Intervention eines dritten Richters ſei in dieſem Falle „der Natur eines Richterſpruches zuwiderlaufend"; weshalb aber?, dieß verſchweigt er. Ich glaube, daß weder Rippel, noch irgend Jemand dieſe Sentenz rechtfertigen könnte. Die Inſtanzen ſollen nach meiner Ueberzeugung die Garantie einer gerechten Urtheilsfällung gewähren. Liegt nun in der Uebereinſtimmung der Urtheile zweier Inſtanzen eine ſolche, ſo iſt dieß noch mehr in dem Conſens dreier Inſtanzen gelegen. Folgerichtig müßte man aber, wenn die Garantie der Gerechtigkeit eines Urtheils einzig und allein maßgebend wäre, behaupten, daß es eine unendliche Zahl von Inſtanzen gebe. Dieß käme darauf hinaus, daß eine causa inchoata nie zur finita würde.

Eine Einſchränkung der Berufung muß es demnach nothwendig geben. Dieſe findet ihren Ausdruck in der genauen Feſtſetzung der Zahl der Inſtanzen. Mehr als drei Inſtanzen ſind überflüßig, weniger als drei nicht räthlich. — Die Erledigung der Frage, ob gegen zwei gleichlautende Urtheile eine Appellation zu geſtatten ſei, ſetzt aber eine gehörige Würdigung der Function der dritten Inſtanz voraus. Dieſe

---

debere. Während der rigoroſe Römer dieß bereits als eine Sache der Humanität betrachtet, will unſere die Humanität ſtets im Munde führende Welt von der Berufung in minoribus negotiis nichts wiſſen! Ulpian überſchreitet allein die durch die Natur der Sache gebotene Grenze, wenn er vorausſchickt „non tantum ei, qui ad supplicium ducitur, provocare permittitur, verum alii quoque nomine ejus, non tantum si ille mandaverit, verum quis quis alius provocare voluerit, neque distinguitur, utrum necessarius ejus sit, nec ne. Vergl. auch L. 10. §. 1. D. de rebus dubiis (34, 5): In ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet. — Mit Recht erklärt ſich daher Leue dahin, „daß jede Beſchränkung des zweiten Rechtsweges auf eine gewiſſe Summe eine Ungerechtigkeit, eine wirkliche Verweigerung der Hilfe Rechtens ſei". Laul in Pözl's krit. Vierteljahresſchrift III, S. 502.

nun kann keine andere sein, als die, bei Urtheilen für und gegen jede der im Processe stehenden Parteien den Ausschlag zu geben durch die gänzliche oder mindestens theilweise Bestätigung eines der Urtheile der beiden unteren Instanzen. Ist dieß die ratio der dritten Instanz, so kann eine Berufung an den dritten Richter unter keiner Bedingung, am allerwenigsten unter dem Deckmantel eines scheinbar außerordentlichen, so doch in Wesenheit den ordentlichen Rechtsmitteln ebenbürtigen Rechtsmittels empfohlen werden. Daß die sogenannte außerordentliche Revision und die (sogenannte) unheilbare Nichtigkeitsbeschwerde zu den ordentlichen Rechtsmitteln zu zählen seien, behauptet auch Unger (System II, S. 603, Note 5). Dieses ergibt sich übrigens aus dem Begriffe eines ordentlichen Rechtsmittels, da unter ordentlichen Rechtsmitteln jene zu verstehen sind, die innerhalb einer bestimmten Nothfrist (Interpositionsfrist) interponirt werden müssen. Anders verhält sich die Sache im Strafprocesse. Rulf spricht sich für die Zulassung einer außerordentlichen Berufung, welche aber in Wahrheit eine ordentliche ist, gegen zwei gleichbedeutende Erkenntnisse aus. Seine Ansicht halte ich auf dem Gebiete des Strafprocesses für gegründet, und dieß um so mehr, als dieses Berufungsmittel „im Interesse des Angeklagten" gewünscht wird. Der Angeklagte bildet aber nach meiner Anschauung das Hauptsubject im Strafprocesse, da er zunächst und unmittelbar am Ausgange desselben betheiligt ist. Wird übrigens die Berufung an den dritten Richter von diesem aus concreten Gründen für unstatthaft erklärt, so trifft der Aufschub der Rechtskräftigwerdung des in zwei Instanzen gleichmäßig gefällten Erkenntnisses nur ihn. Der hiedurch entstandene Nachtheil fällt auf die Schulter des Appellanten. — Im Civilprocesse sind dagegen Kläger und Belangter gleich berechtigte Subjecte. Eine zu weit gehende Beschützung des Einen ist Härte gegenüber dem Anderen. Die durch die Berufung sich ergebenden Nachtheile treffen nicht beide Parteien gleichmäßig, im Gegentheile die Partei ausschließlich oder doch vorwiegend, welche zwei gleichlautende Erkenntnisse für sich hat, und dieß selbst in dem Falle, wenn die dritte Instanz der außerordentlichen Revision nicht Statt gäbe. Die sogenannte außerordentliche Revision bewirkt unnütz den Aufschub des Uebergangs des bereits in zwei Instanzen gleichmäßig gefällten Erkenntnisses in ein formell rechtskräftiges, exequirbares. Eine sehr precäre Präventivmaßregel gegen muthwillige außerordentliche Revisionen bildet die Möglichkeit, dem Revidenten ein Geldpönale aufzuerlegen. Auch ist es nicht zu billigen, daß ein Minimum und Maximum des Geldpönals 10—300 Gulden festgesetzt wird,

was unter Umständen eine sehr empfindliche zu dem Betrage, um den es sich handelt, in keinem Verhältnisse stehende Strafe sein kann, aber auch umgekehrt eine Lockspeise [1]), sich größere Vortheile durch Einlegung der außerordentlichen Revision zu erkaufen [2]), gegen die Gefahr, höchstens 300 Gulden als Pönale zu zahlen. Besser wäre in den Fällen, wo es sich um schätzbare Gegenstände handelt, die Festsetzung eines Procentualsatzes, der als Pönale entrichtet werden sollte. Die Basis für die Berechnung der entfallenden Quote könnte der zugesprochene, in Geld veranschlagte Werth des Streitsubjectes bilden.

Nippel spricht sich, ungeachtet seiner unerwiesenen Behauptung: „die Berufung an den dritten Richter sei bei zwei gleichlautenden Urtheilen der Natur des Richterspruches zuwiderlaufend", dahin aus, daß „dieselbe in dem Falle, wenn der richterliche Ausspruch, gegen welchen in der Regel keine weitere Berufung zulässig ist, oder wenn in dem Falle einer weiteren Berufung beide unter sich übereinstimmende richterliche Aussprüche auf eine irrige Auslegung eines Gesetzes sich gründeten", der sachfälligen Partei gestattet sein müsse, „jenem (Druckfehler: jenen) Gerichtshofe, welchem die Ueberwachung der richtigen und gleichförmigen Auslegung der gesetzlichen Vorschriften zu übertragen wäre, um Abhilfe anzurufen".

Wie diese Auseinandersetzung mit jener Erklärnng Nippel's stimmen soll, begreife ich nicht. Uebrigens ist die Zulässigerklärung einer Berufung gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse an den dritten Richter unter den von Nippel angeführten Bedingungen der Wirkung nach gleich der in wenigen Worten zu fassenden Behauptung: an den dritten Richter könne in jedem Falle appellirt werden. Denn die Entscheidung hierüber, ob die angeführten Voraussetzungen zur außerordentlichen Revision vorliegen, wird denn wohl, wenn überhaupt die Berufung angemeldet wurde, dem dritten Richter überlassen werden müssen. Es ist zu billigen, wenn sich Nippel gegen die Berufung an den dritten Richter gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse ausspricht und als Regel mit Vielen den Satz aufstellt: Zwei gleichlautende Urtheile seien inappellabel; allein zu tadeln, daß er gegen seine bessere Ueberzeugung mit Vielen auf einen Gedanken verfiel, einen Ausweg zu

[1]) „Bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten dienen die Sporteln auch einigermaßen zur Abhaltung von leichtfertigen Processen." Rau Finanzwiss., S. 349.

[2]) Dieß widerstreitet aber dem natürlichen Satze L. 206. D. de reg. iur. Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.

ſchaffen, der jenen als Regel gelten ſollenden Satz aufhebt. Jede Berufung an den dritten Richter wird ſehr leicht unter die von ihm vorgeſchlagenen Vorausſetzungen äußerlich gebracht werden können. Die Entſcheidung, ob die Berufung an die dritte Inſtanz in dem concreten Falle ſtatthaft ſei oder nicht, hängt von dem Richter der dritten Inſtanz ab. Anerkennt er, daß dieſe Vorausſetzungen nicht vorhanden ſind, daher die Berufung unſtatthaft ſei, kommt er aber möglicher Weiſe zu der Kenntniß der Einſichtnahme der Acten behufs der Erledigung jener Frage, daß die beiden vorangehenden übereinſtimmenden Urtheilsſprüche, ohne daß die Bedingungen zu einer außerordentlichen Reviſion vorhanden wären, materiell ungerechtfertigt ſeien, ſo müßte er, weil denn doch endlich die menſchlichen Acte in gewiſſe Formen geengt werden müſſen, wenn überhaupt ein geordneter Zuſtand beſtehen ſoll, das in formeller Beziehung ungeſetzmäßiger Weiſe angefochtene, materiell aber ungerechtfertigte Urtheil für rechtskräftig erklären.

Daß hiedurch der Umgehung der geſetzlichen Beſtimmung, zwei gleichlautende Urtheile ſeien inappellabel, Thür und Thor geöffnet werden, ſcheint mir aus den vorangeſchickten Erörterungen einleuchtend zu ſein.

5. Die Interpoſitionsfriſt ſoll weder zu lange, noch zu kurz ſein. Nicht zu lang, um nicht unnütz den Uebergang des gefällten Urtheilsſpruches in einen formell rechtskräftigen aufzuhalten. Nicht zu kurz, um eine Uebereilung durch Verzicht auf dasſelbe oder durch deſſen Ergreifen nicht befürchten zu müſſen. Bei uns beträgt die Interpoſitionsfriſt im ordentlichen Proceſſe 14 Tage, jedenfalls ein zu langer Zeitraum [1]). Man berückſichtige, daß die Interpoſitionsfriſt im Strafproceſſe, in welchem es ſich gewiß nicht um minder wichtige Güter des Appellanten handelt, bei weitem kürzer iſt. Dieſe Friſt dürfte demnach auch für den Civilproceß genügen, da ſie jedenfalls lang genug iſt, um jede Uebereilung unwahrſcheinlich zu machen. Trifft eine ſolche ein, ſo liegt die Schuld auf Seite des Appellationsberechtigten. Anerkennt man die Nothwendigkeit oder wenigſtens die Nützlichkeit der Appellationsſchriften, ſo mag es wohl nicht geleugnet werden, daß die Ausführung derſelben einige Zeit in Anſpruch nehme. Indeſſen iſt es nicht ſchwer, zu zeigen, daß die Appellationsſchriften vollends überflüßig ſind. Nach §. 333 der

[1]) Nach §. 557 des Entwurfes einer allgemeinen deutſchen Civilproceßordnung ſoll die Interpoſitionsfriſt im ordentlichen Proceſſe ſogar Einen Monat betragen.

westgalizischen Gerichtsordnung soll in der Appellationsbeschwerde weder ein anderer Geschichtsumstand, noch ein anderes Beweismittel angeführt werden, als die, worüber bei der ersten Instanz gesprochen worden. Wozu nun die Appellationsschriften, die erfahrungsgemäß nur Wiederholungen des in den Satzschriften Vorgebrachten, oder Neuerungen, auf welche jedoch nach unseren Gerichtsordnungen keine Rücksicht zu nehmen ist, enthalten, dienen sollten, begreift sich wohl nicht leicht.

Man könnte vielleicht meinen, daß die Appellationsschriften zur besseren Information des höheren Richters beitragen. Indessen wird hier eher eine Beirrung des höheren Richters herbeigeführt, und kann und soll übrigens der höhere Richter aus den mitgetheilten Acten, welche die eigentliche Grundlage seines Erkenntnisses zu bilden haben, die nothwendige Information gewinnen.

Das eigentliche Motiv der Zulassung von Appellationsschriften, nämlich die bessere Information des höheren Richters, ist demnach meiner Ueberzeugung nach nicht maßgebend. Es wird dagegen durch die Gestattung der Appellationsschriften eine unnütze Verschleppung der ohnehin bei uns so lange währenden Streitangelegenheit herbeigezogen, und der in Wirklichkeit nicht zu besorgenden Ungerechtigkeit gegen den Sachfälligen zum Opfer die Schnelligkeit des Verfahrens aufgegeben. Ist ja doch diese Besorgniß beseitigt, wenn der angeblich oder in Wahrheit gekränkte Streittheil während einer bestimmten Zeit (Interpositionsfrist) erklären kann, er sei mit dem Urtheile im Ganzen, oder einzelnen bestimmt angeführten Theilen desselben nicht zufrieden. Die Ausführung dieser Angabe (Appellationsanmeldung) in einer besonderen Schrift (Appellationsbeschwerde) [1] ist nicht nöthig, wie dieß auch §. 332 der westgalizischen Gerichtsordnung bestimmt [2], indem durch bloße Appella-

[1] Nach §. 556 des Entwurfes einer allgemeinen deutschen Civilproceßordnung sind Beschwerden nur in Verbindung mit der Berufung zulässig. Jedenfalls eine bessere Bestimmung, als die gegenwärtig im österreichischen Proceßrechte geltende. Ich halte allein auch diese für verwerflich, weil auch dem Gegentheile, Gegenausführungen vorzubringen, nach der billigen Maxime „audiatur et altera pars“ gestattet sein müßte, was aber eine Verzögerung mit sich führte, die nicht nothwendig ist. Dem Principe audiatur et altera pars trägt der Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilproceßordnung auch in dieser Richtung Rechnung, wie dieß aus §. 550 desselben klar hervorgeht.

[2] Nach dem Gesetze vom 3 brumaire II war die Berufung mittelst einfacher Note zulässig (Krzyżanowski's Fragmente). Nach dem sächsischen Entwurfe sind Appellationsschriften ebenfalls statthaft (s. Zerener Archiv f. civ. Praxis). Die Entbehrlichkeit der Appellationsschriften hat auch Kitka in seiner Schrift „Ueber den Gerichtsgebrauch“, Wien 1845, hervorgehoben. — Läßt man Ausführungen zu, so müssen billiger Weise auch Gegenausführungen zugelassen werden (Rulf II, S. 173).

tionsanmeldung der höhere Richter angewiesen wird, die Sache zu prüfen und zu entscheiden.

6. Eine interessante, zunächst auf dem Gebiete der Strafproceßtheorie geführte Controverse ist die, wann die Urtheile gleichlautend zu nennen sind; sie ist nicht unpractisch sowohl im Straf-, als auch im Civilprocesse. Es braucht kaum vorausgeschickt zu werden, daß in dieser Beziehung keine irgendwie erheblichen Gründe bestehen können, welche die Anwendung der für den Strafproreß gewonnenen Resultate auf den Civilproceß ausschließen würden. Rulf theilt in seinem Commentare die Ansicht Lienbacher's, daß die Urtheile dann gleichlautend zu nennen sind, wenn beide Erkenntnisse nicht blos in ihren meritorischen Aussprüchen, sondern auch in ihren wesentlichen Gründen übereinstimmen, — und mit Recht: denn die Erkenntnißgründe bilden einen wesentlichen Bestandtheil des richterlichen Erkenntnisses selbst, — beide bilden ein logisches Ganze. Diese Ansicht halte ich auch auf dem Gebiete des Civilprocesses für richtig [1]), denn es geht an jedem stichhaltigen Grunde ab, die Anwendbarkeit jener auf dem Gebiete der Strafproceßtheorie geführten Controverse, deren richtige Erledigung die obige ist, nicht zuzulassen. Es ist zwar wahr, daß nach §. 325 der westgalizischen Gerichtsordnung in dem Urtheile, das ist der dasselbe enthaltenden Schrift, „von den Beweggründen, die den Richter zu dessen Abfassung bestimmt haben", das ist von den Erkenntnißgründen keine Erwähnung geschehen soll. Allein dieß ist nur ein äußerer, zufälliger Umstand, der vielleicht eine leichtere Uebersicht des Inhaltes des Urtheils bezweckt, mit anderen Worten: leichter die Kenntniß darüber, was als formelles Recht zu gelten hat, verschaffen soll. Innerlich, begrifflich [2]) hängen dagegen die Erkenntnißgründe mit dem Urtheile zusammen; sie bilden, wie Rulf behauptet, einen wesentlichen [3]) Bestandtheil des richterlichen

---

[1]) Siehe auch Savigny System IV, S. 389—394, und S. 408.

[2]) Wir könnnen auch sagen: der äußeren Betrachtung genügt es, daß ein Urtheil bestehe, ohne die Erkenntnißgründe in Betracht zu ziehen; der juristischen und logischen Betrachtung genügt dieß aber nicht, — diesen gemäß setzt jedes Urtheil Erkenntnißgründe voraus.

[3]) Der „Sinn des richterlichen Urtheils" ist für den Umfang der Rechtskraft entscheidend, „deren Anwendung bei einem künftigen verwandten Rechtsstreite ohne Kenntniß dessen, was der Richter als Unterlage der von ihm ausgesprochenen Abweisung oder Verurtheilung bezüglich des streitigen Rechtsverhältnisses bejaht oder verneint hat, gar nicht möglich ist, und in so weit daher die Urtheilsgründe einen wesentlichen Bestandtheil des Urtheils, eine Ergänzung des Inhaltes desselben bilden". Lauf in der krit. Ueberschau V, S. 66.

Erkenntniſſes ſelbſt, ſind mit ihm ein logiſches Ganze. Hiefür ſpricht ſchließlich auch die Nothwendigkeit einer entſprechenden Garantie für die Gerechtigkeit des Urtheils, die ſicher nicht in der blos zufälligen Congruenz der meritoriſchen Ausſprüche, ſondern in der Uebereinſtimmung der Prämiſſen derſelben, die als ſolche auch wichtiger ſind, der Erkenntnißgründe gelegen iſt. Ich behaupte dieß, ohne befürchten zu müſſen, man könnte mir mit Grund entgegenſtellen, daß auf dieſe Weiſe die außerordentliche Reviſion, die ich im Bereiche des Civilproceſſes gänzlich beſeitigt wünſche, leicht aus dem Grunde der Nichtübereinſtimmung der Erkenntnißgründe der beiden Inſtanzen in ihren weſentlichen Momenten ergriffen werden könnte und zu einem regelmäßig angewendeten Rechtsmittel würde [1]), indem die Beurtheilung der Frage, ob die Erkenntnißgründe beider Inſtanzen in Weſenheit dieſelben ſind, ſo wenige Schwierigkeit bietet, daß von einem Irrthume des Richters in der Beziehung kaum die Rede ſein kann. Sollte dennoch ein Schuldner gegen ſeine beſſere Ueberzeugung, um den Proceß muthwillig in die Länge zu ziehen, gegen zwei auch in ihren Erkenntnißgründen gleichlautende Urtheile ſtreiten, was ſich aber, wenn nicht alle Zeichen trügen, mit einer gewiſſenhaften Rechtspflege und Auferlegung der Geldpönalien nach dem Maßſtabe, den ich vorgeſchlagen habe, mit der Zeit höchſt wahrſcheinlich legen würde; ſo würde ohne Weiteres die ſofortige Execution eines in zwei Inſtanzen ſowohl hinſichtlich des Schluſſes (Urtheil im engeren Sinne des Wortes), als auch hinſichtlich der Prämiſſen (Erkenntnißgründe) übereinſtimmenden Urtheils (im weiteren Sinne des Wortes) zu geſtatten und vorzunehmen ſein.

Träte dagegen der zwar mögliche, allein höchſt unwahrſcheinliche Fall ein, daß ſich der Richter bei der Beurtheilung dieſer Frage irrte, ſei es, daß er die Execution bewilligte, obgleich die beiden Urtheile (im weiteren Sinne) entweder in den Urtheilen (im engeren Sinne) oder in den Erkenntnißgründen nicht übereinſtimmen [2]), — ſei es, daß er

[1]) Gegen eine ungebührliche Appellationsſucht hatten die Römer darin ein gutes Mittel, daß der superatus, si injuste appellare videbitur, lite perdita notatus abscedet. l. 19 C. de appell. et consult. (7, 62). — Indeſſen iſt dieſes Mittel, die Infamie im heutigen Rechte, nicht mehr anwendbar, da auch der Ueberreſt des alten Rechtsinſtitutes im Juſtinianiſchen Rechte „mit der eigenthümlichen Gerichtsverfaſſung der Römer zuſammenhing, in der That alſo auch wieder durch ſtaatsrechtliche Verhältniſſe bedingt war", die gegenwärtig ganz anders geſtaltet ſind. Savigny, Syſtem II, 234 und 235.

[2]) So beſtimmte ſchon Conſtantinus, daß man ſich an den Imperator, wenn der judex die Appellation nicht annimmt, wende, auf daß dieſer den Richter digno supplicio puniat. L. 19 C. de appell. et consult. (7, 62).

dieſelbe nicht bewilligte, wiewohl die zur Executionsbewilligung nothwendigen Vorausſetzungen vorhanden waren; ſo müßte der Staat, der in Folge einer ſchlechten Erfüllung der Amtspflichten des betreffenden Richters Schaden leidenden Partei dieſen erſetzen [1]), wogegen wieder dem Staate der Regreß gegenüber ſeinen Beamten zuſtehen mag [2]). — Der Richter kann ſich aber wegen beſonderer Härte auch in dieſem Falle nicht beklagen, indem er ſich jedenfalls des dolus L. 1, §§. 2, 3 D. de dolo malo (4, 3) oder der culpa lata L. 213 §. 2 D. de V. S. (50, 16) ſchuldig macht. Von einem Richter, der ſich in der Beurtheilung der Identität, reſp. Nichtidentität der Erkenntnißgründe zweier Inſtanzen irrt, kann man jedenfalls mit Ulpian ſagen, daß er non intelligit, quod omnes intelligunt.

---

[1]) Zachariä in der Zeitſchrift von Rau, XIX. Band.

[2]) Eine blos ſubſidiäre Haftpflicht des Staates nimmt unter Anderen auch Schilling in ſeinem Naturrechte II, S. 111 und 253 an, während dagegen Zöpfl in den Grundſätzen des allgemeinen Staatsrechtes (dritte Ausg.) eine unbedingte und unmittelbare Haftpflicht des Staates ſtatuirt.

(Fortſetzung folgt.)

Gedruckt bei Josef Stöckholzer v. Hirschfeld.

Literaturblatt

für

kurze Berichte und Uebersichten über die neuesten rechts- und staatswissenschaftlichen Schriften.

Die Umgestaltung der Staatsanwaltschaft vom Standpunkte unabhängiger Strafjustiz und der Entwurf einer Strafproceß-Ordnung für Preußen, von Prof. Dr. v. Holtzendorff. Berlin, 1865.

Ein tiefes Mißbehagen an den Einrichtungen und Leistungen der Staatsanwaltschaft in Deutschland geht durch die Literatur und Tagespresse, doch gilt dasselbe nicht dem Institute der öffentlichen Anklägerschaft an sich, vielmehr nur dem französischen Zuschnitte und der Tendenz der Staatsbehörde in mehreren Staaten, ein bequemes Werkzeug für die politischen Wünsche der jeweiligen Regierung zu sein. Die französische Staatsanwaltschaft ist schon unter den Königen, dann durch die Machthaber in der Revolutionszeit und unter den Napoleons für die Zwecke der jeweiligen Regierungspolitik als ein arcanum dominationis eingerichtet worden. Nur hat die neuere Gesetzgebung einen Schleier über diese schiefe Stellung der Staatsbehörde zur Strafjustiz gebreitet, und deren gesunde, richtige Organisation als einer Proceß- und Anklagepartei im Strafverfahren durch allerlei Zuthaten und Attributen verfälscht. Als Deutschland das französische Vorbild in dem reformirten Strafprocesse copirte, schmuggelte man die beliebte Idealisirung der Staatsanwaltschaft als einer ganz unparteiischen, neben und beziehungsweise über dem Gerichte stehenden Wächterin des Gesetzes, welcher die Initiative der Strafverfolgung und zugleich die Rettung der verfolgten Unschuld anheimgegeben ist, — ohne Weiteres ein. Einige Gesetze bestrebten sich, grobe Gebrechen der französischen Einrichtung zu heilen, allein selbst diese sagten sich nicht von jener idealisirenden Verkoppelung einander entgegengesetzter Aufgaben los, welche dem Verfolger zumuthet, zugleich Wächter der verfolgten Unschuld zu sein.

Diese Verhimmelung der Staatsanwaltschaft setzte Halbgötter zu Staatsanwälten voraus, welche die richterliche Thätigkeit als öffentliche Ankläger anregen und daneben zugleich dieselben controlliren, aber auch als unparteiische Wäch-

ter des Gesetzes sich selbst in ihrem parteiischen Berufe als Verfolgungsbehörde beaufsichtigen.

Ueber die Unvereinbarlichkeit der einander widersprechenden Functionen des Anklagens und des Richtens, des Untersuchens und des Vertheidigens — ein Krebsschaden des älteren Inquisitionsprocesses — gab es keine Meinungsverschiedenheit. Allein hinsichtlich der Idealisirung der Staatsanwälte — welche Verfolger und zugleich Wächter der Verfolgten sein sollen — beliebte ein nicht geringer Theil der gesetzgebenden Factoren ein Auge zuzudrücken.

Mittermaier, Planck, Zachariä u. A. haben dieses Blendwerk gründlich zerstört, und v. Holtzendorff will der französischen Auffassung, wie der dieser nachtretenden Rechtsübung in Deutschland, besonders in Preußen u. e. a. Ländern, auf Tod und Leben den Krieg erklären.

Man liest es zwischen den Zeilen der vorliegenden, dem Kreisgerichtsdirector v. Stösser und dem Professor Wahlberg zugeeigneten Schrift, daß sehr beklagenswerthe Justizzustände ihre Umgebung bilden, und nur noch wissenschaftlicher Freimuth den Kampf mit dem Drachen — des objectiven oder subjectiven Strafverfahrens — aufnehmen kann.

Man sage nicht, daß es eine ungefährliche Sache sei, über den Verderb der Justizpraxis, über staatsanwaltschaftliche Wohldienerei „öffentlich oder vor mehreren Leuten" zu sprechen. Leicht kann der heilige Eifer für die Reform der Institutionen der Strafverfolgung als „Aufreizung zum Haß oder zur Verachtung" ausgedeutet werden. Und selbst für bescheidene Verbesserungsvorschläge, die darauf zielen, das Mißtrauen in die Gestion einer politischen Agentur in der Strafgerichtspflege zu heben, können sofort strenge, unerbringliche Beweise dafür gefordert werden, daß überhaupt Mißtrauen bestehe u. dergl. Ist dann Einer so ehrlich und unbesonnen, diesen oder jenen Vorgang beim rechten Namen zu nennen, von glaubwürdigen Mißgriffen, von übertriebenem Diensteifer zu sprechen, dann führt ihn sein Freimuth leicht über die schlüpfrige Grenze des Preßstrafgesetzes. Am klügsten thut man daran, von den Mißgriffen und Gefahren der Staatsanwaltschaft in ihrer dermaligen Einrichtung und Wirksamkeit in Deutschland zu handeln, zumal Deutschland's idealer Generalprocurator nicht verfolgt und keine Weisungen des Reichsjustizministers entgegennimmt. Traurig aber ist es, wenn auf solchen Kreuz- und Querzügen selbst die unabhängige, wissenschaftliche Kritik durch vieler Herren Länder ziehen muß; doch getrost! nicht in allen deutschen Gebieten besteht solche Noth der freien Presse, und selbst in Preußen ist der scharf ausgesprochene Tadel der Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft von der Verwaltungsstelle gerichtlich unbeanständet geblieben.

Der Schwerpunkt der ganzen Frage liegt in der Alternative: soll die Anklage-Erhebung Sache der administrativen Nützlichkeit, oder Sache des Rechts und der gesetzlichen Nothwendigkeit sein? v. Holtzendorff will das Opportunitätsprincip preisgegeben, das Legalitätsprincip anerkannt wissen. Consequenz dieser Forderung ist, daß die Anklage-Erhebung, als eine Proceßfunction, wie alle Rechtsanwendung nach der Bürgschaft zu geschehen habe, welche die Gerichtsverfassung für das richterliche Amt aufstellt. Hieraus wird die Gleichstellung der richterlichen und der staatsanwaltschaftlichen Beamten in Beziehung auf die Unabsetzbarkeit

abgeleitet und gegen den Generalstaatsanwalt Schwarze mit Gewandtheit vertheidigt.

Die Leser dieser Literaturanzeigen kennen bereits die freisinnige und glänzende Darstellung, welche den v. Holtzendorff'schen anziehenden Schriften eigen ist. Wohl kann man die theoretische Deduction des Verfassers unterschreiben, allein ist denn mit der begehrten Gleichstellung hinsichtlich der Unabsetzbarkeit wirklich der Zweck verbürgt, welcher in's Auge gefaßt wird?

Ich lege auf den Grundsatz der Unabsetzbarkeit gewiß kein geringes Gewicht, allein herausgerissen aus seinen nothwendigen organischen Umgebungen wird derselbe isolirt nur schwache Dienste im Interesse der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft leisten. Auch wird man die staatsanwaltschaftliche Thätigkeit nie völlig jedweder politischen Erwägung entrücken können, zumal die Anklage-Erhebung in jedem Falle, um jeden Preis kaum als ein Postulat der gerechten Gesetzanwendung ausgegeben werden kann. Ungleich größerer Werth dürfte auf eine Regelung der subsidiären Privatklage, und, wie v. Holtzendorff treffend nachweist, auf die Stellung der Staatsanwaltschaft als Proceß- und Anklagepartei zu legen sein, worüber sich Referent bereits an einem anderen Orte zustimmend ausgesprochen hatte.

Nach des Verfassers Meinung gibt es nur zwei haltbare Formen der Strafverfolgung: entweder durch Privatklage, oder von Amtswegen nach den für die richterliche Unabhängigkeit geltenden Regeln.

Die Anklage nach Zweckmäßigkeitsrücksichten im Verwaltungswege bedroht die dauernden Rechtsinteressen des Staates und die gesellschaftlich lebendigen Rechtsüberzeugungen. Das öffentliche Interesse ist nicht immer nothwendig das Regierungsinteresse, und weder das eine noch das andere soll der Maßstab des criminellen Unrechtes sein! — Das öffentliche Interesse der Regierungen gebietet, die Linie des Erlaubten bei den Gegnern des herrschenden Systemes sorgfältig abzuzirkeln, die fehlgreifende Loyalität aber an der „schlaffen Leine" schwimmen zu lassen. Wenn ein Gegner der Staatsregierung öffentlich beleidigt wird, liegt es nicht sehr nahe, das öffentliche Interesse gerade in der Privatverfolgung besser gewahrt zu sehen, als in einem Criminalprocesse? Die ganze Stärke der Opportunität zeigte sich in dem Pariser Processe gegen die „Dreizehn", welche die Staatsanwaltschaft wegen unerlaubter Vereinigung anklagte, obwohl das Gesetz für den Thatbestand des Vergehens mindestens 21 Personen fordert. Eine Regierung, die sich zu den Arbeiterfragen derartig verhält, daß sie bei den Wahlen Vortheile ziehen könne, wird die Strafbestimmungen gegen Coalitionen ganz anders handhaben lassen, als die reine Rechtsauffassung vorschreibt.

Wie die Verhältnisse heute liegen, wird sich daher schwerlich bestreiten lassen, daß die Justizminister an der Spitze einer abhängigen Staatsanwaltschaft als Mitglieder eines politischen Cabinetes gegen andere Ressorts thunliche Rücksicht nehmen und auf diesem Wege auch die Rechtsauffassungen ihrer Collegen zu einer Einwirkung auf die Justiz gelangen.

Wie ist es vom Standpunkte einer abhängigen, nach Opportunität geleiteten Staatsanwaltschaft denkbar, daß in derselben der Geist unbeugsamer, nur das Gesetz befolgender Gerechtigkeit verkörpere? Und kann jemals eine Staatsanwalt-

schaft, über die der Justizminister rechtlich verfügt, Willkür vorgeworfen werden? Gilt dann nicht eben die Freiheit des Ermessens in der höchsten Stelle?

Man sagt, daß gegen den Mißbrauch des Anklagerechtes die Unabhängigkeit der Gerichte schütze. Ist dieß richtig?

Zunächst ist *Unabhängigkeit* der Gerichte und *Unabsetzbarkeit* der Richter nicht völlig gleichbedeutend. Die ehemals gangbare Betrachtungsweise begnügte sich damit, die *Motive der Furcht* und die Besorgniß etwaiger Nachtheile vom Richter ferne zu halten.

Wenn dieß geschehen, so hat *man nur einem Theile* der Aufgabe genügt. Eben so wichtig ist es, auch den Gerichten die *Motive der Hoffnung* und Belohnung für eine der Regierung angenehme Rechtssprechung zu entziehen. Auch das Beförderungswesen steht im Zusammenhange mit der Unabhängigkeit der Urtheilsfällung. Bestehen nun in der That solche Anstalten, welche positiv und negativ jede Beeinflußung des richterlichen Amtes unmöglich machen?

Wenn beispielsweise die Staatsanwaltschaft mit ihren Anklagen und Anträgen, in solchen Sachen, deren Entscheidung die politischen Machtinteressen berührt, von einem bestimmten Gerichtshofe mehrmals hintereinander zurückgewiesen wird, wenn der Grund dieser unliebsamen Erscheinung in der Zusammensetzung jenes Gerichtshofes gefunden wird, kann der Justizminister nicht den Vorsitzenden entfernen, eine veränderte Besetzung der Gerichtsbank herbeiführen? Allerdings ist ein solcher Vorgang von dem Verfasser nur als ein möglicher hingestellt; aber derselbe deutet doch an, daß die Versuchung, in solcher Weise auch die Gerichte nach den Wünschen der Regierung zusammenzusetzen, an den Staatsmann herantreten kann, in dessen Augen das Treiben bestimmter, der Regierung feindlicher Parteien als ein völlig unberechtigtes und sittlich verwerfliches erscheint. — Durch die *abhängige* Staatsanwaltschaft wird zu den vorhandenen Mitteln, durch welche siegende Parteien an dem festen Baue der Gerichtsverfassung rütteln, ein neues hinzugefügt; — denn diese ist vorläufig die permanente, von rechtswegen wirkende Manifestation der Regierungs-Interessen, Wünsche, Absichten.

Diese Conformität zwischen der herrschenden Politik und der Thätigkeit der Anklagebehörde ist, wie v. *Holtzendorff* sagt, das Princip der französischen Staatsanwaltschaft, deren Muster auch der neue preußische Entwurf beibehalten hat. Die Thatsache, daß nach der Lage der Gesetzgebung der Justizminister jedem Staatsanwalte im Umfange der Monarchie die Anklage oder die Unterlassung derselben anbefehlen kann, hat eine untergeordnete praktische Beziehung. Entscheidend ist vielmehr, daß die *Staatsanwaltschaft berufen* ist, — systematisch *ein politisches Regime in den Formen des Strafprocesses zu vertreten*. Es bedarf oft gar keiner Anregungen durch den Justizminister. Von selbst und ohne Zuthun eignet sich die Anklagebehörde die obersten Grundsätze der politischen Taxation gegenüber denjenigen Handlungen an, deren Rechtmäßigkeit in Frage kommt. Je unbestimmter der Thatbestand der politischen Vergehen ist, je schwieriger die Grenzen zwischen aufrichtigem Tadel und elender Schmähsucht objektiv erkennbar gezogen werden können, desto häufiger wird die urtheilende Rechtssprechung unter dem Eindrucke stehen, daß es sich nicht um persönliche Auffassungen des einzelnen Staatsanwaltes, sondern um gewichtige Staatsinteressen

handelt. Es ist daher erklärlich, wenn man den Courswerth staatsanwaltschaftlicher Deductionen im Vertrauen auf die Regierung bei Gericht dann und wann höher notirt, als uns angemessen erscheint.

In Uebereinstimmung mit v. Holtzendorff hat sich der letzte Juristentag zu Braunschweig für die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft ausgesprochen und eine Unterordnung derselben unter die höheren Anklagesenate der höheren Gerichte als nothwendig bezeichnet. Der Verfasser erblickt in dieser Unterordnung ein Princip collegialischer Oberaufsicht, welches dazu angethan ist, ein Gleichgewicht gegen die Mängel der staatsanwaltschaftlichen Wirksamkeit zu schaffen.

Dadurch können zu weit gehende Anklagen zurückgewiesen werden. Es versteht sich von selbst, daß gegen die versagte Strafverfolgung die subsidiäre Privatanklage nach des Verfassers Standpunkte gewährt werden soll. Endlich kommt noch die Forderung einer Gleichstellung der processualen Befugnisse der Staatsanwaltschaft und der Vertheidigung hinzu, welche sich aus dem der Anklageschaft innewohnenden Character einer Proceßpartei mit Nothwendigkeit ergibt, und in welcher auch wir einen Grundstein der Reform des deutschen Strafverfahrens anerkennen. Staatsanwaltschaft und formelle Vertheidigung mit thunlichst gleichen Befugnissen schon im Laufe der Voruntersuchung und im ganzen Berufungswege, falls derselbe auch beibehalten bleiben sollte, bei ehrlicher, unumwundener Anerkennung der beiderseitigen Partei-Charactere, und eine volksthümliche, auf moralische und öconomische Unabhängigkeit der Richter berechnete Organisation der Gerichtshöfe; — schon diese zwei Reformgedanken allein, angemessen durchgeführt, haben die Kraft, die meisten Gebrechen des bisherigen Processes abzustoßen und denselben von seiner gesunden Grundanschauung aus in Haupt und Gliedern neu und fruchtbar zu gestalten.

Seiner Machtüberlegenheit bewußt, gibt der Staat dem Angeklagten Vorzugsrechte in dem Erfordernisse höherer Stimmenmehrheit bei der Verurtheilung, in der Freisprechung bei Gleichheit der Stimmen, in der größeren Berechtigung bei Recusationen, in dem Gebrauche der Rechtsmittel, in der Befugniß des letzten Wortes — und er sollte es vermögen, die Gleichstellung zwischen der Anklage und der Vertheidigung abzuweisen, jenes natürliche Grundrecht, ohne welches wir die Gerechtigkeit der Urtheilsfällung als unverbürgt betrachten? — Die interessante Schrift schließt mit den überzeugenden Worten: Man erkenne an, daß der Vertheidiger einen eben so hohen und wichtigen Staatsberuf zu üben hat, wie der öffentliche Ankläger, und vergesse nicht, daß es besser ist, die noch ungewisse Schuld eines Verdächtigen durch alle denkbaren Anstrengungen in die Gewißheit der Freisprechung umzuwandeln, als eine Verurtheilung herbeizuführen, an deren Gerechtigkeit zwar nicht die Gerichtshöfe, wohl aber die durch eine öffentliche Rechtspflege überall angeregten Stimmen der prüfenden Kritik Zweifel hegen könnten. Wahlberg.

Die Schärfungen der Freiheitsstrafe. Von J. B. Zugschwert. Wien 1865. Manz und Comp.

Diese der Reform der Freiheitsstrafe und des Strafvollzuges gewidmete Untersuchung verdient einige Beachtung. Der Verfasser sucht nachzuwei-

sen, daß die Freiheitsstrafe von Strafverschärfungen und Ehrenfolgen gereinigt werden müsse. Diese aus dem Wesen der Freiheitsstrafe abgeleitete Forderung wird gründlich, klar und mit anziehender Wärme behandelt. Referent kann zwar nur die Meinung des Verfassers hinsichtlich der Abschaffung aller sinnlich wirkenden Strafschärfungen vollständig theilen, muß jedoch der vorliegenden Schrift das Zeugniß einer vielseitigen Würdigung des erörterten Gegenstandes ausstellen.

Zugschwerdt's Arbeit ist eine Bereicherung unserer an tüchtigen Abhandlungen strafpolitischen Inhaltes armen Literatur, und läßt wünschen, daß der Verfasser sich weiters an den Reformfragen des Strafsystemes und des Gefängnißwesens betheilige.

Wir halten zwar die von dem Verfasser nach Mittermaier, Béranger u. A. befürwortete Abschaffung der Ehrenfolgen heute für unerreichbar und sind principiell gegen eine unbedingte Aufhebung aller bürgerlichen Ehrenfolgen. Allein immerhin haben wir anzuerkennen, daß der Verfasser von seinem Standpunkte aus die gestellte Aufgabe mit Erfolg zu lösen versucht hat. Derselbe meint, daß die Ehre überhaupt, also auch die sogenannte bürgerliche Ehre kein passendes Object für die Strafgewalt im Staate sei, daß die Ehrenschmälerung als Strafe oder Strafschärfung daher absolut verwerflich sei (S. 93). Anderseits gibt der Verfasser (S. 69) zu, daß dem Staate unwidersprochen das Recht zustehe, von seinem Standpunkte aus den Einfluß zu bestimmen, welchen ein durch bestimmte Handlungen ausgedrückter Mangel an ehrenhafter Gesinnung oder die Bescholtenheit auf die bürgerliche oder politische Berechtigung ausüben soll. Er gelangt dann nach Prüfung der einzelnen Ehrenfolgen zu dem Resultate, daß derzeit viele an sich nicht zu rechtfertigende oder vom öffentlichen Interesse nicht gebotene Ehrenfolgen bestehen, was leider nur zu richtig ist, daß es nicht absolut nothwendig ist, das öffentliche Interesse an der Ehrenfrage auf dem Wege des Strafrechts und unter Feststellung gesetzlicher Ehrenfolgen zu wahren, indem das System der Ehrenfolgen ohne Gefahr für das Gemeinwohl aus dem Strafgesetze verbannt werden könne. In einem Anhange spricht sich der Verfasser über die Haftsysteme und für die Zellenhaft aus nach der Devise: Anwendung der Freiheitsstrafe in ihrer Reinheit durch die Zellenhaft. Wahlberg.

Grundzüge der Staats- und Privatwirthschaftslehre, nebst einer Darlegung deren Verhältnisses zur Jurisprudenz und andern verwandten Wissenschaften, von Dr. Arnold Lindwurm. Braunschweig 1866.

Bescheidenheit wird allgemein als eine Tugend gerühmt, vor Allem aber als eine Zierde der Jugend. Jung nun scheint der Verfasser obiger Schrift zu sein. Es geht etwas Grünes durch sein ganzes Buch. Bescheiden aber ist er nicht. Hält er sich indeß für sonderlich gefährlich, so sind wir unsererseits doch geneigt, uns der Hoffnung hinzugeben, die dringendste Gefahr werde sich noch abwenden lassen, auch ohne daß wir an die geweihte Lanze St. Georgs appelliren müßten, damit er die Welt nochmals von einem Lindwurm befreie. Allerdings droht der so benannte Herr Verfasser, der sich bereits durch eine Abhandlung über die Theorie des Werthes in Hildebrand's Jahrbüchern (3. Jahrg., 3. und 4. Heft)

der Welt als Reformator der Wissenschaft der National-Oeconomie angekündigt hat, das Ganze ihrer bisherigen principiellen und systematischen Errungenschaften von der Erde zu vertilgen und der verdienten Vergessenheit anheimzugeben; allerdings spricht er mit Männern, wie Roscher und Anderen, sans frase, oder, gut deutsch gesagt, anmaßend und grob, wie sich selbst die äußerste Selbstüberschätzung und die unbilligste Beurtheilung Anderer bei einigem Schicklichkeitsgefühle kaum erlauben dürfte; allerdings legt er an das alte, morsche Gebäude der National-Oeconomie als Brucheisen Citate aus Kant und Schoppenhauer und allerlei Größen der Naturwissenschaften. Allein wir fürchten — wenn es fällt, fällt es nicht durch Herrn Lindwurm, und wir meinen — wenn es stehen bleibt, ist's noch immer ein fester und wohnlicher Pallast gegen die wissenschaftliche Bretterbude, in welcher Herr Lindwurm seine logischen Sprünge mit polemischer Paukenbegleitung zur Schau trägt.

Um aber zu beweisen, daß wir nicht ungerecht sind, wird eine gedrängte Anführung der Grundgedanken des vorliegenden Buches mit einigen kritischen Bemerkungen wohl genügen und zugleich darthun, daß eine in die Ausläufer seiner Irrgänge eingehende Kritik desselben zu üben, nur seinen Prätentionen in unverdienter Weise entgegenkommen hieße.

Derjenige Begriff, um dessen Richtigstellung gegenüber dem angeblichen heutigen Stande der Wissenschaft sich das ganze Buch des Herrn L. dreht, ist der Begriff der Wirthschaft. Nach einer Polemik gegen den gangbaren Begriff der Volkswirthschaft, welche weder neu ist, noch mit weniger „Lückerlichkeit im Denken" und weniger breitem „Geschwätz" geführt wird, als sie Herr L. den von ihm Angegriffenen in seiner kulanten Weise vorwirft, wird zunächst die Analyse des Begriffes der Wirthschaft in den Begriffen des Wirthes und des Schaffens gegeben. Das Schaffen wird als eine in einem Objecte dargestellte Thätigkeit, der Wirth, das Subject des Schaffens, als durch den Willen zur Thätigkeit bestimmt, erklärt, wobei eine weitläufige Erörterung über den Willen beigegeben ist, der in Schoppenhauer's Weise als dem Intellect vorangehend verstanden wird. Da aber der Wille selbst durch ein Object angeregt ist, so muß dieses geeignet sein, den darauf gerichteten Willen zu dienen, ihn zu befriedigen. Es sieht wohl Jedermann auf den ersten Blick, daß in dieser fundamentalen filosofischen Grundlage das Entscheidende in nichts weiter liegt, als in einer Uebersetzung des in der Nationalöconomie landläufigen Begriffes des Bedürfnisses in den Begriff des Willens nach einem bestimmten filosofischen System. Ueber letzteres wollen wir hier nicht streiten, wenn wir gleich glauben, daß, was auf dem Gebiete der Filosophie kein Fortschritt in der Analyse des Willensbegriffes, auf dem Gebiete der Nationalökonomie vollends geeignet ist, die Grundlagen mehr zu verdunkeln als aufzuhellen. In Disciplinen, wie die Nationalökonomie, ist es überhaupt viel besser, daß der Filosof hinter der Bühne als Leiter, als daß er auf der Bühne als Darsteller fungirt. Auch könnte diese Art, einen gangbaren Begriff zu entwickeln, als eine filosofische Schrulle, auf die sich der Verfasser etwas zu Gute thun mag, hingehen, wenn nur, was darauf gebaut wird, gut wäre.

Zunächst hofften wir, daß Herr L. aus der Scheidung von Object und Subject der Wirthschaft auf einen bestimmteren Begriff der letzteren kommen wird,

als er allerdings gemeinhin in der Wissenschaft gegeben wird. Allein wir sahen uns getäuscht und mußten dieß sogleich erkennen, da wir das Wirthschaftsobjekt in der oben angegebenen Weise bestimmt sehen. Hier finden wir nichts als ein Gut, und zwar nicht nur ohne Begrenzung auf eine bestimmte Art von Gütern, sondern auch ohne Begrenzung durch die Beziehung auf Vermögen, vollends ohne eine solche auf eine bestimmte Anordnung der Vermögensverhältnisse. Zu letzterer Umschreibung des Wirthschaftsbegriffes mindestens ist die Nationalökonomie schon bei Schmitthenner durchgedrungen. Doch diesen Proceß ignorirt Herr L. ganz; vielleicht kennt er ihn nicht. Er selbst kömmt natürlich auf der obigen Grundlage bei dem ganz entgegengesetzten Pole an. Bei ihm zerfährt selbst dasjenige, was mindestens an Elementen jenes Begriffes sonst Festes und Brauchbares gegeben wird, und so kömmt er denn, statt zu einem die Wirthschaft von den einzelnen Thätigkeiten der in ihr wirkenden Subjecte unterscheidenden Ganzen, lediglich zu einer noch viel engeren Auffassung der einzelnen wirthschaftlichen Thätigkeiten, als sie sonst gang und gäbe ist.

Herr L. findet das specifische Moment im Begriffe der Wirthschaft gegeben, in jener und zwar in jeder schaffenden Thätigkeit des Wirthes, durch welche der Wille mit einem hiezu geeigneten Objecte befriedigt wird (§. 8). Erst durch diese Thätigkeit entsteht Werth als „das Product der von einem Individuum vorgenommenen Schätzung des Verhältnisses, worin ein Ding zu ihm steht im Vergleiche mit anderen; erst durch Wirthschaft entsteht ein Vermögen". Und mit niederschlagender Logik findet Herr L., daß es enorm bornirt sei, die Begriffe von Werth und Vermögen früher als den der Wirthschaft zu entwickeln, eine Angelegenheit, die wir, obschon nicht mit voller Beruhigung, den weiteren Studien des Herrn Verfassers über analytische und synthetische Methode überlassen wollen. Was aber hat er mit seinen Wirthschaftsbegriffe, mit dieser angeblichen Correctur des bisherigen Wirrsals gewonnen? Sehen wir uns die Sache im Verhältniß zu den gangbaren Terminen an, so finden wir in dem L.'schen Wirthschaftsbegriffe ein bekanntes Element: productive Thäthigkeit. Sogleich fällt auf, daß für wirthschaftliche Consumtion in seinem Begriffe der Wirthschaft kein Raum ist. Doch bleiben wir bei der productiven Thätigkeit. Um sie zur wirthschaftlichen zu machen, ist erforderlich, daß sie dem schaffenden Subjecte zur Befriedigung durch ein Object verhelfe. Das wäre eine nähere Bestimmung der productiven Thätigkeit auf der einen Seite, um den Wirthschaftsbegriff nicht ganz in ihr aufgehen zu lassen. Aber auf der anderen Seite fehlt uns eine Grenze, die noch viel nothwendiger ist, das ist die Beziehung der productiven Thätigkeit auf ein System von Thätigkeiten, getragen, wie schon oben angedeutet, durch das einheitliche Moment des Vermögens. Ohne sie verfällt nothwendig der Wirthschaftsbegriff einer Vagheit und Grenzenlosigkeit, auf deren Basis alles Mögliche, aber eben deshalb keine specifisch nach allen anderen Seiten abgegrenzte ökonomische Disciplin entstehen kann.

Darf aber, wer als Reformator einer Wissenschaft auftreten will, statt ihre Theile sicherer zu einem Ganzen zu organisiren, sie vielmehr selbst in sich auflösen? Und darf, und wer schon seine Aufgabe so unklar erfaßt, es wagen, von „wissenschaftlicher Salopperie", von „grenzenloser Leichtfertigkeit, welche die Na-

tionalökonomie überhaupt auszeichnet", sprechen, ohne zu besorgen, man werde solch' dreistes Urtheil vielmehr in specie als in genere bestätigen? Wir unsererseits wenigstens werden es Niemand verübeln, wenn ihn solche Petulanz bewegt, das Buch, wenn er erst so weit gekommen, unwillig für immer bei Seite zu legen.

Doch wir haben es übernommen, zu referiren, und so sei denn auch Einiges aufgezeigt, um darzuthun, daß der Verfasser auch nicht zu jenen Glücklichen gehört, welche oft, da sie sich an die Ausführung ihrer Principien machen, die Gewalt einer abseits derselben gelegenen Logik glücklich erfaßt und auf den rechten Pfad leitet, auf der sie nimmermehr können, wenn sie sich selbst getreu bleiben. Nur in einem Punkte ist er so glücklich, und, bei diesem angelangt, fällt denn auch das ganze Gebäude auf seinem sandigen Grunde zusammen. Doch knüpfen wir zunächst an sein Grundprincip an.

In Consequenz des Obigen gibt es für den Verfasser selbstverständlich eine Wirthschaft als eigenthümliches, allen Subjecten gemeinsames Verhalten gegenüber dem Güterleben nicht, sondern die Wirthschaft ist individuell, es gibt eine Wirthschaft des Arztes, des Gelehrten, des Künstlers; das Wirthschaftsobject kann körperlich und unkörperlich sein. „Es wird ein Haufen Säcke z. B. dadurch bloß, daß die Säcke gezählt werden, offenbar zu einem neuen Objecte. Eine bestimmte Anzahl Säcke ist aber etwas ganz Anderes als eine unbestimmte, als ein Haufen. Wenn also der Wille eines Wirthschaftssubjectes auf die Kenntniß der in einem Haufen enthaltenen Anzahl Säcke gerichtet ist, und er ermittelt ihre Zahl, so objectivirt er seine Thätigkeit ebenso gut wie der Müller, der aus Korn Mehl macht. „Wenn ein Schüler seine Uebersetzung des Cornelius Nepos präparirt, so objectivirt er seine Thätigkeit durch diese Lösung seines Pensums: es liegt ein neues Object vor." Dergleichen Beispiele sind dienlich, uns zu überzeugen, daß wir recht verstanden haben, wenn wir etwa besorgen möchten, der Verfasser meine am Ende doch wol etwas anderes als er sagt, was ihn freilich nicht von der Meinung retten würde, daß es eben besser gewesen wäre, er hätte nichts gesagt.

Doch nun gelangen wir zu jenem Begriffe, in welchem sich erweist, was wir oben bemerkt haben, daß es bei dem gewandtesten Denker doch gelegentlich eine Stelle gibt, wo ihn die Macht der Logik über den Haufen rennt, da sie ihn nicht zu zügeln vermocht hat.

Herr L. fühlt denn schließlich doch, daß den disjectis membris wirthschaftender Thätigkeiten noch ein wissenschaftlicher Abschluß fehlt. So kömmt er dann zu dem Begriffe der Wirthschaftlichkeit, d. i. derjenigen Führung der Wirthschaft, wodurch der Entwicklung des eigenen Selbst in der Zukunft Rechnung getragen wird, indem das Verlangen nach den Dingen in der Weise befriedigt wird, daß die Befriedigung selber die Aufwandsfähigkeit zur Erlangung neuer erhöht (§. 13). Omne tulit punctum, fügt er bei, qui miscuit utile dulci. Wir finden hier nichts von dulce; aber das utile hätte der Verfasser selbst abnehmen können, daß er mit seinem Begriffe der Wirthschaftlichkeit auf den richtigen Begriff der Wirthschaft als einer organischen Einheit auf dauernde Befriedigung gerichteter Thätigkeiten gestoßen wird, daß die Wirthschaftlichkeit nichts ist, als was dem Wesen der Wirthschaft gemäß ist, — kurz, daß seine ganze frühere Erörterung nichts taugt, indem er vielmehr seinen Wirthschaftsbegriff aus demjenigen

seiner Bestimmung der Wirthschaftlichkeit korrigiren müßte, dann aber sein ganzes früheres Räsonnement zerfällt, während er seines verbesserten nicht bedürfen wird, weil er damit der Welt nichts Neues sagen würde.

Und fragen wir uns dann um die fruchtbaren Consequenzen, zu denen diese Theorie führen soll? Wir finden sie nirgends, als in der Forderung, daß künftig Technologie, Landwirthschaft u. s. f. nicht getrennt von der Wirthschaftslehre, sondern wirthschaftlich abgefaßt werden sollten. Wenn der Herr Verfasser gründlicher unterrichtet wäre, als er es überhaupt zu sein scheint, würde ihm bekannt sein, daß die genannten Disciplinen heute in nicht geringem Umfange Anwendung machen von den Lehren der politischen Oekonomie. Daß aber die Wiederholung dieser Lehren bei jeder Disciplin in ihrer allgemeinen Begründung nur gegen ein erstes auch in der Wissenschaft giltiges Princip, gegen daß die Arbeitstheilung verstieß, wird Jedermann zugeben.

Was sonst der Verfasser über Arbeitstheilung, Staat, Methode und System der Wissenschaft sagt, erscheint uns keiner weiteren Bemerkung werth. Soweit es nicht in den eben dargestellten Geleisen geht, ist es weder nach Inhalt, noch nach Form der Darstellung neu oder irgend bedeutend.

Nur von des Verfassers Rechtsbegriffen sei hier noch in Kurzem Erwähnung gethan. Er kennt kein Recht in abstracto; das in concreto aber ist ihm — „der Gerichtsentscheid, die jurisdictio." Da aber das Gericht stets über gegenüberstehende Befugnisse spricht, so wird das Recht definirt: die Grenze, welche einandergegenüberstehende Befugnisse gemeinschaftlich haben. Alles Andere ist ihm Fiction, weil nicht wirklich. Also offenbar auch das Gesetz. Auf die Filosofie, sagt er, kann sich das Recht nicht stützen; es kann sich also nur auf die Wirthschaftswissenschaft stützen. Staats- und Wirthschaftswissenschaft haben, wo Menschen zusammenwirken, das Verkehrsverhältniß gemein; die letztere frägt: „wie muß das Verkehrsverhältniß *werden*?" die erstere: „wie *ist* es vom Standpunkte seiner Abwicklung aus geschehen?" Was die Juristen Volksrecht nennen, ist kein Recht, sondern „die Uebereinstimmung des Volkes über Wirthschafts-Grundsätze im Verkehre." „Dasjenige also, was die Rechtswissenschaft lehren soll, ist die Erfassung der Wirthschaftsverhältnisse vom objectiven Standpunkte, und deren Regelung, nach den vom Staate ausdrücklich gegebenen Vorschriften und dem im Geiste der Staatsordnung begründeten Gerichtsgebrauche."

Jeder Sachkundige sieht hier, wie viel halb Verstandenes — es scheint nicht gründlich Gelerntes — mit unbedingt Falschem und wissenschaftlich Rohem zusammenläuft. Man wird es uns erlassen, Näheres darüber zu berichten. Anzuziehen oder abzustoßen reicht das Angeführte wohl hin.

Sollten wir schließlich unser Urtheil zusammenfassen, so möchten wir das Buch, wenn sein Inhalt uns als aforistische Bemerkungen, wie sie ein junger Mann bei seinen ersten noch unvollständigen Studien aufzeichnet, übergeben würde, in demselben Talent nicht unbedingt verkennen; ihm selbst gegenüber aber würden wir eben deshalb die Ueberzeugung aussprechen, daß er, bei gründlicherem Studium vielleicht noch auf sehr dankenswerthe Entdeckungen kommen kann, die vermeintlichen vorliegenden aber von selbst in die Reihe voreiliger Urtheile und unreifer Producte eines eitlen und bei Weitem verfrühten Strebens nach dem Lorbeer

des Reformator verweisen. An sich aber gemahnt es uns unwillkürlich an das Urtheil, welches einmal ein bekannter Professor über die Abhandlung eines Candidaten öffentlich mit den Worten ausgesprochen hat: „Hätten Sie den Anfang und das Ende weggelassen und die Mitte wesentlich verändert, so hätte unter Umständen aus Ihrer Arbeit etwas werden können." H.

Le droit sur mer, par L. Gessner, docteur en droit. Paris, Londres, Berlin 1865. XIV und 436 S. in 8°.

Dr. Geßner, welcher schon 1855 eine Abhandlung über das Recht des Seehandels der Neutralen veröffentlichte, legt in dem umfassenderen, französisch geschriebenen Werke, das wir hier in Kürze besprechen wollen, dem Fachpublikum das Ergebniß seiner seitherigen wissenschaftlichen Forschungen über diesen heikelsten und complicirtesten Gegenstand des Völkerrechtes vor. Die geschichtliche Entwickelung der einschlägigen Fragen und die Ansichten der Publicisten über dieselben werden vom Verfasser mit anerkennenswerther Ausführlichkeit, Gründlichkeit und Klarheit behandelt. Daß dieses an Controversen und Schwierigkeiten nur zu reiche Thema: Seerecht der Neutralen, eine noch viel umfassendere Behandlung verträgt, beweist das classische Werk Hautefeuille's, das fortan als in diesem Gebiete mustergiltig betrachtet und berücksichtiget werden muß. Wir hätten es allerdings vorgezogen, wenn Dr. Geßner deutsch geschrieben hätte, denn trotz der Beihilfe seines Genfer Freundes Dr. Brocher leidet die Darstellung an vielen stylistischen Härten und eigenthümlichen, unfranzösischen Wendungen. Gewisse Neologismen, wie z. B. légiférer, scheinen nur in Genf einheimisch zu sein, aber Wörter, wie: butinage, blocade, imburent, sind, erstere vollständig, letzteres wenigstens in dieser Beugung der französischen Sprache vollkommen fremd. Der Zweck, warum ein Buch, wie das gegenwärtige, in der diplomatischen und Weltsprache geschrieben wird, liegt nahe. Anderseits aber wird der beste Gedanke oft abgeschwächt — und unklar ausgedrückt, wenn der Schriftsteller, der des Gedankens wie der Form Meister sein soll, mit dieser erst ringen muß. Martens und Klüber, die Beide, vor Allem der Erstere, die französische Sprache trefflich verstanden und handhabten, entschuldigen sich in ihren Vorreden stets mit mangelhafter Kenntniß derselben. In der That ist sie eine der launenhaftesten, feinsten Sprachen der neuen Zeit, mehr durch conventionelle Strenge und ihr entsprechende Präcision, als durch Freiheit der Bewegung glänzend. Dr. Geßner sagt ferner in seiner Vorrede, er wolle mehr referiren und die Meinungen der bedeutendsten Fachmänner in kritischer Revue vorführen, als selbstständig ein neues System begründen, neue Lehren vortragen. Nur positives, auf Verträge und Gewohnheiten gegründetes Völkerrecht beabsichtige er zu entwickeln. Aber neben diesen beiden Hauptquellen des Rechtes, insbesondere des Völkerrechtes, fließt gleich fruchtbar und bedeutungsvoll eine dritte, die der Doctrin, der Wissenschaft. Daher die fortwährende, parallele Berücksichtigung der opinio doctorum juris gentium. Wir möchten hinzufügen, in keinem Gebiete des Rechtes übt die Wissenschaft eine so eingreifende und praktisch wirksame Autorität, als gerade in dem des Völkerrechtes. — Sie ist so zu sagen an die Stelle eines stets fehlenden und zwischen

souveränen Staaten unmöglichen Codex des Völkerrechtes getreten. Grotius, Vattel und Klüber werden deshalb wie Artikel eines Gesetzbuches in Staatsschriften citirt; ihre Meinungen, oder vielmehr die Gründe dieser Meinungen haben — das Wort Gesetz im analogen, keinem Mißverständnisse unterliegenden Sinne gebraucht — Gesetzeskraft unter den gesitteten Staaten erlangt. Ja, wenn man die Bildung des Völkerrechtes genau betrachtet, entwickelt sich aus der Doctrin fortwährend positives Recht, so daß die Scheidung, welche Herr Geßner in positives und doctrinelles Völkerrecht macht, streng genommen nicht durchführbar ist. Ist und bleibt doch der Stoff eines jeden Rechtes ein gegebener, positiver. — Die alte Eintheilung des Naturrechtes in philosophisches und positives Recht entspricht nicht mehr dem heutigen Stande der Rechtswissenschaft. Wohl unterscheidet man viel richtiger, auf des großen Leibnitz Gedanken zurückkehrend, eine geschichtliche, dogmatische und philosophische Behandlung des Rechtes. Der Unterschied liegt fortan nicht im Stoffe, sondern in der Methode seiner Behandlung. Die von Hautefeuille angenommene, sein ganzes Werk durchziehende Eintheilung in ein primäres und ein secundäres Recht lehnt sich mehr an den älteren Standpunkt. Alles Völkerrecht ist nach seiner Auffassung entweder primitives, absolutes, göttliches, welches die Natur selbst in das Herz des Menschen gegraben hat, oder secundäres, welches auf Verträgen und den wenigen durch allgemeine Uebereinstimmung der Völker angenommenen Gewohnheiten beruht.

Nur einmal, wir glauben eben nicht mit dem günstigsten Erfolge, versucht Dr. Geßner, mit einem selbstständigen Plane hervorzutreten. Bekanntlich ist keine Frage des Völker-Seerechtes mehr controvers in der Theorie, als die der Competenz der Prisengerichte. Wir sagen in der Theorie, denn in der Praxis sind es ausschließlich die Prisengerichte des Kriegführenden, welche über die Giltigkeit oder Ungiltigkeit einer Prise urtheilen. Hübner, der große Vorkämpfer des Rechtes der Neutralen, spricht sich gegen die Jurisdiction des Kriegführenden aus, weil sie eine Gerichtsbarkeit in eigener Sache ist. Aus demselben Grunde müßte man sich aber, wie auch Hautefeuille bemerkt, gegen die Gerichtsbarkeit der Neutralen erklären, es wäre denn in dem Ausnahmsfalle, wenn die Prise im neutralen Seegebiete gemacht worden wäre. Unter den Publicisten spricht sich nur Lampredi mit Entschiedenheit für die Jurisdiction des Kriegführenden aus. Dr. Geßner schlägt bei diesem Widerstreite der Meinungen als einziges Auskunftsmittel vor, daß man ein internationales Prisengericht einsetzen sollte, welches nicht nach den hier nicht maßgebenden Gesetzen des einzelnen Staates, sondern nach den für alle Völker gleich giltigen Principien des internationalen Rechtes urtheilen werde. Nur durch das Einverständniß der interessirten Parteien könne allerdings ein solches Tribunal zu Stande kommen. Aber die Schwierigkeiten, welche diesem Einverständnisse im Wege stünden, seien keine unüberwindlichen. Die Souveräne, welche im Jahre 1856 zu Paris die Aufhebung der Kaperei und die Annahme des Grundsatzes, daß die Flagge die Waare decke, einmüthig beschlossen haben, werden sich zweifelsohne auch dahin verständigen, Tribunale, wie die vorgeschlagenen, zu errichten, welche alle Bürgschaften der Unparteilichkeit bieten. Die ganze Tendenz der Entwickelung des öffentlichen Rechtes in Europa beweise einen stetigen Fortschritt im Sinne der Feststellung allgemein anerkannter und

giltiger Grundsätze. Selbst der Congreß, den der mächtige Beherrscher Frankreichs vor wenigen Jahren zur Entscheidung der großen Probleme des internationalen Rechtes vorgeschlagen, sei ein Ausdruck dieses Gefühles und Bedürfnisses der gesitteten Menschheit. Zuvörderst müssen wir diesen rosigen Zukunftsansichten unseres Verfassers gegenüber ihm in Erinnerung bringen, daß schon lange vor ihm St. Croix den Plan eines internationalen Seegerichtes in Vorschlag gebracht hat. Aber so wenig als der Staatenareopag eines St. Pierre oder Kant den ewigen Frieden, würde ein internationales Seegericht, selbst wenn es zu Stande käme, allen Controversen des Seerechtes ein Ende bereiten. Die berühmte Pariser Declaration von 1856 über das Seerecht erscheint uns bei nüchterner Auffassung der Verhältnisse mehr als ein diplomatisches Feuerwerk, denn als endgiltige Feststellung der streitigen Grundsätze des Völkerrechtes in Kriegszeiten. Muß doch selbst Dr. Geßner, so sanguinische Hoffnungen er an dieses Congreß-Prunkstück knüpfen möchte, zugeben, daß mehr als eine Frage, z. B. die der convoyirten Schiffe, darin ganz unberührt blieb, daß obendrein die Begriffe von Contrebande und Blocade in den Erklärungen der beiden bewaffneten Neutralitäten, zumal der zweiten von 1800, weit präciser, juristisch genauer als in Paris bestimmt worden sind. Er selbst bezweifelt mit Recht, ob England dem Rechte, Kaperbriefe auszustellen, für alle Zukunft in unwiderruflicher Weise entsagt, nicht vielmehr nur provisorisch, bedingungsweise darauf Verzicht geleistet hat, wie während des orientalischen Krieges in der berühmten, vorsichtigen Formel waive her right. Und am Ende, was frommt es dem Neutralen, ob er von Kriegführenden oder Kapern aufgegriffen, und so lange der Begriff der Contrebande wie der Blocade in dem vieldeutigen, die Ausnahme zur Regel stempelnden Sinne der englischen Praxis interpretirt werden kann, seines Eigenthums beraubt, die Handelsfreiheit der Neutralen zur höhnischen Ironie gemacht wird? Was nützen alle diese Erklärungen, welche man sich vorbehält, beim ersten großen Seekriege zu brechen? Was nützen alle diese heuchlerischen Redensarten von Menschenwohl und Verminderung der Gräuel des fürchterlichsten aller Kriege, des zur See geführten, so lange man das Grundübel, die Preisgebung des feindlichen Privateigenthumes zur See nicht heben will, oder wie Manche, selbst der edle Ortolan (siehe Geßner, S. 8 bis 10, dann 428) glauben, nicht heben kann? Eine Versammlung von 300 Rhedern und Schiffseigenthümern erklärte in Bremen am 21. December 1859, die Unverletzlichkeit von Person und Eigenthum der Privaten, auch der Unterthanen der Kriegführenden, in so ferne der Kriegszweck nicht unbedingt widerstreitet, ist ein vom Rechtsbewußtsein der Zeit gebieterisch erheischter Grundsatz. In Deutschland, Schweden und Frankreich äußerten sich mehrere politische Vertretungskörper und Handelskammern in demselben Sinne. Diese Manifestationen, wir gestehen es unverholen, vermögen, abgesehen von ihrem philantropischen Inhalte, uns keine besondere Bewunderung einzuflößen. Sie erinnern an Herrn Elihu Burrit's salbungsreiche Adressen unter dem Oelzweig und an die Congresse der Friedensfreunde. Wir begreifen die Sarcasmen, mit welchen die „Times", vom brittischen Standpunkte ausgehend, die Bremer Declaration überschütteten. Wenn trotzdem einige große Handelsstädte Englands im Sinne der Bremer Reformpläne den seligen Lord Palmerston mit Deputationen beschickten, so ist es fast ergötzlich,

jedenfalls belehrend, zu vernehmen, was der feine alte Herr mit der ihm so geläufigen Miene gutmüthiger Offenheit den Abgeordneten erwidert. Er wolle der Deputation nicht schmeicheln, als ob er ihre Ansichten theile. Was ihn anbelange, halte er dafür, daß die Existenz Englands von seinem maritimen Uebergewichte abhänge, und folgerichtig erheische, daß man sich nicht des Rechtes begebe, die Schiffe feindlicher Unterthanen aufzugreifen und deren Mannschaft zu Kriegsgefangenen zu machen. Der Krieg sei allerdings ein schreckliches Uebel; aber die Pflicht der Selbsterhaltung nöthige oft, ihn zu führen, und eine Seemacht wie England, könne auf kein Mittel verzichten, das zur Schwächung des Feindes zur See diene. Das Privateigenthum werde übrigens im Landkriege nicht mehr als im Seekriege geachtet. Eine Armee im Feindeslande nehme Alles, was sie brauche, oder nehmen wolle, ohne sich durch Rechtsfragen davon abhalten zu lassen. England würde Gelegenheit haben, sich davon zu überzeugen, wenn es je einer feindlichen Armee gelingen sollte, an seinen Küsten zu landen. Wir glauben, daß diese Aeußerungen eines naiv-politischen Cynismus aus diesem Munde nicht überraschen können. Aber sie zeigen, wie wenig berechtigt Dr. Geßner mit andern Publicisten erscheint, dem vor der Hand noch rein theoretischen Beitritte Englands zu der Pariser Declaration allzu großen Werth beizulegen. Lord Palmerston's Ausspruch über den Landkrieg ist zudem an sich unwahr. Das Privateigenthum ist im Landkriege zweifellos mannigfachen Vexationen, Angriffen und Schädigungen ausgesetzt. Aber in der Regel ist es unter gesitteten Völkern unantastbar, und eben so die Entschädigung für Inanspruchnahme oder Verletzung desselben durch durch den Feind grundsätzlich feststehend. Durch wen diese Entschädigung zu leisten, ob durch die eigene Regierung oder durch den Feind in Folge des Friedensschlusses, ist für das Bestehen des Rechtssatzes eben so unwesentlich, als daß in einzelnen Fällen im Drange chaotischer Ereignisse die Entschädigung factisch nicht geleistet wird. Aber diametral verschieden davon ist der andere Grundsatz, daß im Seekriege das Privateigenthum der feindlichen Gegner von vornhinein für dem Gegner verfallen rechtlich angesehen wird, daß gerade dieses Eigenthum hauptsächlicher Gegenstand der feindlichen Angriffe ist. Wo ist hier eine juristische Parification, ja Identität des Land- und Seekrieges zu finden?

Wir schließen unsere Anzeige mit dem, was eigentlich den Anfang derselben bilden könnte, mit einer Angabe der vom Verfasser behandelten Materien. Das System ist bei einem Gegenstande, wie der vorliegende, durch dessen Natur gegeben. Uns war mehr darum zu thun, den Plan und die Richtung des Buches, als dessen Einzelnheiten herauszuheben, zumal der Verfasser selbst nur beabsichtigte, das in Verträgen und den Arbeiten der Publicisten aufgehäufte Materiale kritisch referirend auseinanderzulegen. Er beginnt mit einer längeren Einleitung, in welcher die Ursprünge des internationalen Seerechtes, insbesondere der Prisen und des Capernwesens, die beiden bewaffneten Neutralitäten von 1780 und 1800, die Erklärung des Pariser Congresses von 1856, endlich das Seerecht der Gegenwart daraestellt wird. Die Neutralen dürfen den Handel zur See im Kriege wie während des Friedens frei betreiben, sind nur an zwei Beschränkungen gebunden, welche aus ihrer Pflicht hervorgehen, ihrerseits die Neutralität nicht zu verletzen, indem sie den oder die Kriegführenden unmittelbar in der Kriegführung unter-

stützen oder in den Kriegszweck störend eingreifen. Deßhalb ist ihnen der Handel, d. i. die Zufuhr, der eigentlichen, directen Kriegscontrebande, und eben so der Handel von und nach blokirten Plätzen untersagt. Alles kommt somit darauf an, diese Beschränkungen in einer der Willkür entrückten, festen Weise zu bestimmen, auf daß, wie oben angedeutet, die Beschränkung nicht zur Regel, die Handelsfreiheit selbst zur Ausnahme werde. Das erste Capitel des Buches handelt demgemäß von der Kriegscontrebande, das zweite von dem Rechte der Blocade — blocus und nicht blocade im Französischen —. Alle hier einschlägigen Fragen, insbesondere im zweiten Capitel die Bedingungen einer giltigen Blocade, ihres Beginnes und Aufhörens, werden vom Verfasser eingehend erörtert. Der Leser wird daraus vollständige Belehrung über eine Menge streitiger, für die Praxis hochwichtiger Punkte schöpfen können. Wir können übrigens der Ansicht des Herrn Dr. Geßner nicht beipflichten, daß auch im Verkaufe von Waffen und Munition in neutralem Gebiete eine Neutralitätsverletzung liege, glauben vielmehr, daß nur die Zufuhr solcher Gegenstände der directen Kriegscontrebande verpönt ist. Ein Anderes wäre es, wenn eine neutrale Regierung selbst diese Gegenstände einer feindlichen Partei verkaufte. Eben so ist es eine Frage der Klugheit, nicht des strengen Rechtes, ob es nicht am gerathensten wäre, daß neutrale Regierungen ihren Unterthanen selbst im eigenen Gebiete diesen Handel untersagen. Sie können sich auch obendrein durch Verträge mit den Kriegführenden dazu verbinden. Aber in Ermangelung solcher Verträge oder eines sonstigen Verbotes der neutralen Regierung bleibt den Unterthanen die Freiheit des Handels im eigenen Gebiete unbeschränkt. Ginge aber das Verbot dahin, nur der einen Partei keine Waffen ꝛc. zu verkaufen, so läge darin eine einseitige Begünstigung eines Theiles, somit eine Neutralitätsverletzung vor. Anderseits theilen wir Dr. Geßner's Ansicht vollkommen, daß das Recht der Kriegführenden, den Neutralen jeden Handel ohne Unterschied mit wirklich blokirten Plätzen zu untersagen, nicht, wie bisher in der Doctrin allgemein angenommen, und wie selbst der scharfsinnige Hautefeuille noch behauptet, aus der occupatio bellica hergeleitet werden kann, weil das Seegebiet eines Staates nur als ein Accessorium seines Landgebietes gedacht, nicht ohne dieses erobert werden kann, von der hohen See aus, wo die blokirenden Schiffe ihren Standpunkt nehmen, also von einem keines Eigenthumes fähigen Objecte her eine eigentliche Beherrschung eines Seegebietes juristisch eben so wenig zulässig erscheint. Nur in der Nothwendigkeit der Kriegsführung zur See, nicht in einer angeblichen zeitweiligen Souveränität über das blokirte Seegebiet liegt daher der Grund des Blocaderechtes. Die Lehre von der allgemeinen diplomatischen Notification und der speciellen Intimation der Blocade, wie die von dem factischen, für die Neutralen einzig maßgebenden Aufhören der Blocade wird unseres Bedünkens weit klarer als in Dr. Geßner's Buche von Hautefeuille entwickelt, dessen Darstellung des Blocaderechtes zu den glänzendsten Partien seines Werkes gehört. Im dritten Capitel bespricht Dr. Geßner die beiden Fragen, ob Feindesgut im neutralen, neutrales Gut im Feindesschiffe aufgegriffen werden könne. Bekanntlich stellte das Seeconsulat, bis zum 17ten Jahrhunderte hinauf, die für die Praxis wichtigste Compilation von Seegewohnheiten des Mittelalters den leitenden Grundsatz auf, daß die Qualität der Waare, nicht die Flagge ent-

scheidend sei, daß somit feindliches Gut am Bord neutraler Schiffe confiscabel sei, während neutrales Gut auf feindlichen Schiffen nicht aufgegriffen werden dürfe. Das neue Seerecht, dem die Verträge Frankreichs mit der Pforte die Bahn gebrochen, betrachtet im Gegensatze die Beschaffenheit der Flagge als maßgebend. Daraus folgt aber keineswegs, wie man öfters irrig angenommen hat, daß die obigen zwei Sätze des Seeconsulates direct in's Gegentheil umgekehrt werden müssen, so daß insbesondere neutrales Gut auf feindlichen Schiffen confiscabel ist. Die Freiheit des Handels der Neutralen ist das allein Wesentliche, d. i. die Freiheit des Handels mit den Kriegführenden. Denn daß die Neutralen untereinander unbeschränkt frei Handel treiben dürfen, ist selbstverständlich. Noch mehr, ist auch Feindesgut auf Feindesschiffen noch immer Schiff und Gut Gegenstand feindlicher Appropriation, so wird es am Bord des Neutralen von der neutralen Flagge gedeckt. Das neutrale Gut — natürlich, wenn es nicht in Contrebande besteht — ist als neutrales auch am Feindesbord frei, bedarf keiner Deckung, von der hier keine Rede sein kann noch zu sein braucht, es ist frei, weil es neutral ist; die Oertlichkeit, wo es sich befindet oder angetroffen wird, ist gleichgiltig; durch den Umstand, daß es sich am Feindesbord befindet, ändert es nicht den Eigenthümer. Daß die Neutralen, eben weil ihr Handel im Kriege außer der Beschränkung des Verbotes mit Contrebande und nach blokirten Plätzen nicht beirrt werden darf, den Küstenhandel und den mit den Colonien, selbst wenn er, im Frieden untersagt, erst im Kriege von dem betreffenden Kriegführenden erlaubt würde, unbehindert führen dürfen, somit die berüchtigte, weil im siebenjährigen Kriege zuerst von den Engländern aufgestellte sogenannte Regel vom Jahre 1756 gegen alle Regel des Rechtes verstößt, wie sie von dem heutigen gemeinen Völkerrechte zurückgewiesen wird, dieß beweist Dr. Geßner, in Hautefeuille's Fußstapfen tretend, mit überzeugenden Argumenten.

Das Recht, auf Kriegscontrebande zu fahnden hat zur leidigen, aber unvermeidlichen Consequenz das Recht der Durchsuchung neutraler Schiffe, weil ja die Flagge auch vom Feinde zur Täuschung aufgehißt werden kann. Sowie die neueren französischen Schriftsteller ein droit de visite und de recherche und nach ihrem Vorgange die Engländer ein righ of visit and search unterscheiden, von denen das zweite überflüßig, ja unstatthaft ist, wenn die Schiffspapiere in Ordnung befunden werden, so könnte man auch bei uns von einem Untersuchungs- und einem Durchsuchungsrechte sprechen. Im nächstfolgenden Capitel erörtert nun der Verfasser, wann und unter welchen Bedingungen und Modalitäten das Recht geübt werden könne, neutrale Schiffe anzuhalten, ihre Papiere einzusehen, eventuell die Waaren zu durchsuchen. Ob neutrale Schiffe, die von Kriegsschiffen ihres Souveräns begleitet, convoyirt sind, nicht angehalten, nicht untersucht werden dürfen, ist bekanntlich zwischen den Engländern und andern so fahrenden Völkern sehr bestritten. Die erste bewaffnete Neutralität schweigt merkwürdiger Weise über die so bedeutsame Frage. Um so nachdrücklicher tritt die zweite bewaffnete Neutralität vom Jahre 1800 für die Rechte der Neutralen in die Schranken, ihre Kauffahrer durch Kriegsschiffe geleiten zu lassen, von Staatswegen die unanfechtbare Bürgschaft für die Neutralität von Schiff und Ladung zu übernehmen. Ließ auch Rußland in der Convention von St. Petersburg vom 17. Juni 1801,

aus politischen Gründen, deren Darstellung nicht hieher gehört, von den früher aufgestellten Grundsätzen ab, und überlieferte es, so zu sagen, den neutralen Handel englischer Willkür, so steht doch der Grundsatz des Convoi's über der wandelbaren Laune einer einzelnen Regierung. Die Principien der beiden bewaffneten Neutralitäten sind allgemein, nicht bloß russische Ukase, sie sind der Ausdruck des Rechtsbewußtseins der Neuzeit über alle hier berührten großen Fragen des internationalen Seerechtes, ja sie sind es, wie schon erwähnt, in weit vollständigerem Maße, als ihr schwacher Abklatsch, den die Diplomaten anno 1856 in Paris anfertigten.

Auch des Durchsuchungsrechts im Frieden, welches gegen die des Sclavenhandels verdächtigen Schiffe geübt wird, gedenkt der Verfasser anknüpfend an das kriegerische Durchsuchungsrecht, und bemerkt, gewiß ohne Widerspruch befürchten zu müssen, daß von einem solchen ohne Verträge keine Rede sein könne. Mit Recht wird auch in einem vorhergehenden Capitel die sogenannte friedliche Blocade — blocus pacifique —, eine wahre völkerrechtliche Monstruosität, ein lucus a non lucendo gebrandmarkt, welche für ein drittes Volk maßgebend sein, Neutrale ohne Krieg schaffen soll. Niemand hat gegen diesen Unfug der Gewalt, diesen verkappten Krieg, der doch keiner sein will, energischere Einsprache erhoben, als Hautefeuille, und es ist dieß eine um so freimüthigere That, als Frankreich theils allein Mexico gegenüber, theils mit England im Bunde an der Creirung dieses blocus pacifique ehrlich mitgewirkt hat, als ob es nicht in dem an Schrecken überreichen Seekriege nicht ohnehin genug der Anomalien und Monstruositäten gäbe. Das fünfte Capitel handelt vom Embargo, von der zwangsweisen Anhaltung neutraler Schiffe, z. B. zum Truppentransporte, einer, wie wir mit dem Verfasser meinen, nur durch die äußerste Noth, die freilich kein Gebot kennt, zu rechtfertigenden, eigentlich zu entschuldigenden Maßregel, von der Ranssonnirung gekaperter Schiffe, endlich von der äußerst complicirten Materie der Repriſen. In letzterer Beziehung sprechen wir die Ansicht aus, daß der alte Martens in seinem kleinen, gediegenen Buche Essai sur les armateurs allen Nachfolgern vorweg die Doctrin begründet, um nicht zu sagen erschöpft hat. Was Saalfeld, dessen Handbuch des Völkerrechtes eben das Seerecht am umfassendsten behandelt, was Hautefeuille u. A. über Repriſen gesagt haben, ist in Wesenheit nichts Neues. Die Lehre von der Wiedernahme gehört eigentlich in die vom völkerrechtlichen Postliminium und um so mehr liegt an Feststellung derselben, als nirgends mehr als hier Willkür und Dunkelheit herrscht. Der Raum dieser Blätter und der Zweck unserer Anzeige gestattet uns nicht, in die Details der einzelnen Fragen, so groß die Lockung und das Interesse auch wäre, einzugehen. Die Recension könnte, wenn man der Lockung nicht widerstünde, unter der Hand zu einer Abhandlung anschwellen. Vielleicht bietet sich dereinst die Gelegenheit, gerade diese Materie der Wiedernahmen oder Repriſen gesondert zu besprechen.

Im letzten Capitel handelt der Verfasser von den Prisengerichten, den bei denselben giltigen Entscheidungsquellen, dem Verfahren und den in der Regel empfindlich hohen Proceßkosten. Daß vor Allem schon die Competenzfrage eine schwer zu lösende ist, haben wir, sowie den Versuch einer neuen Lösung durch den Autor, die eben keine ist, schon oben erwähnt. Je unregelmäßiger das Verfahren

im Prisenproceße ist, wo der Neutrale, er den man des Neutralitätsbruches anklagt also der Beklagte künstlich zum Kläger umgeschaffen wird, um vor dem Gerichte des Kriegführenden, d. i. des eigentlichen wahren Klägers, den Beweis, und obendrein den Beweis seiner Unschuld, also den Beweis einer Negation führen zu müssen, wodurch die einfachsten processualischen Grundsätze auf den Kopf gestellt werden, desto größer die Pflicht der Wissenschaft, diesen Proceß, so viel nur thunlich, zu regularisiren, d. h. auf eine barbarische Praxis in diesem Sinne mildernd einzuwirken. Nicht unerheblich ist die von unserem Verfasser nach Pistoye's Vorgange gemachte Unterscheidung der politischen und der rechtlichen Seite der Frage. An der Regierung des Captors liegt es vor Allem, darüber zu entscheiden, ob es politisch räthlich und vortheilhaft sei, in die Beurtheilung der Giltigkeit der Prise im einzelnen Falle einzugehen oder nicht. Fällt diese Beantwortung verneinend aus, so ist kein Anlaß zur Prisengerichtsbarkeit vorhanden. Ob der Captor etwa auf Entschädigung wegen seiner Mühe oder Auslagen Anspruch habe, ist eine Frage des inneren Rechtes, die dem Völkerrechte fremd liegt. Entscheidet aber die Regierung für Betretung des Proceßweges, dann müssen in materieller und formeller Beziehung Rechtsregeln beobachtet werden, aber wie Hautefeuille, freilich im Gegensatze zur herrschenden, in ihrer Herrschaft deßhalb nicht minder ungerechten Praxis gründlich nachweist, die Regeln des internationalen, nicht des particulären, und weil einseitigen für den Neutralen nicht giltigen Rechtes. Gibt es einen schreienderen Wiederspruch mit den Gesetzen des Processes, des gesunden Menschenverstandes, als die Voraussetzung, daß der Neutrale schuldbar sei, und seine Verpflichtung, den Beweis der Unschuld zu liefern, nur um den Captor der Beweisespflicht zu überheben? Und wie windig sieht es mit dem Rechte des Neutralen aus, in dem sehr seltenen Falle einer Lossprechung von dem Captor, der ohne Grund das Schiff aufgegriffen, eine Entschädigung nicht zu verlangen, sondern zu erlangen? Erstlich werden gewöhnlich aus Gründen, die den Prisengerichten so wohlfeil wie Brombeeren zu stehen kommen, selbst dem freigesprochenen Neutralen die Proceßkosten aufgehalst. Beiläufig gesagt, wird dieß Thema der Proceßkosten von Dr. Geßner, ja sogar in dem vierbändigen Werke Hautefeuille's vergleichungsweise mit seiner Wichtigkeit und dem Umfange anderer Parteien, etwas dürftig behandelt, insbesondere des Falles der Compensation der Kosten gar nicht gedacht. Dann frägt es sich aber, wie denn der Neutrale zu der ihm zugesprochenen Entschädigung kommen solle, wenn der Captor nicht solvent ist, wenn die Caution des Capers nicht auslangt. Hautefeuille verficht mit kräftigen, wir glauben schwer zu widerlegenden Gründen die subsidäre Haftungspflicht für den von ihm bestellten Officier oder für den von ihm autorisirten Caper. Daß der Neutrale diesen Anspruch gegen den kriegführenden Staat nicht im Prisenproceße selbst, sondern im diplomatischen Wege durch Vermittlung seines Souveräns geltend machen könne, was übrigens nicht so als Axiom hinzunehmen wäre, wenn man der Sache näher auf den Grund geht, ist für sein Recht an sich unwesentlich. Freilich schweigen über diesen Punkt fast alle Verträge, und dasselbe England, welches wegen ähnlichen Forderungen seiner Unterthanen schwachen Staaten gegenüber gleich mit Flottensendungen, Repressalien oder der beliebten friedlichen Blocade droht, spricht unverblümt aus, daß es

seinerseits keine solche Entschädigungspflicht des Staates den Neutralen zuerkenne.

Wir können, wie wir es am Beginne dieses Aufsatzes thaten, Allen, die sich für das Studium des internationalen Seerechtes interressiren, das Werk des Dr. Geßner trotz einzelner Mängel als ein verdienstliches, der Beachtung würdiges, mit gutem Gewissen empfehlen. Es wird in der Literatur des Rechtes der Neutralen zweifelsohne den ihm gebührenden Platz behaupten.

Dr. L. Neumann.

Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, von C. F. v. Gerber. Verlag von Bernhard Tauchnitz. Leipzig, 1865. X, 204.

Der Zweck des vorliegenden Buches und damit der Maaßstab zur Beurtheilung desselben wird in der Vorrede mit der Präcision, die man an dem Verfasser gewöhnt ist, festgestellt. Mit aller Anerkennung für die zahlreichen Bearbeitungen des deutschen Staatsrechts ist Gerber gleichwohl der Meinung, daß die wissenschaftliche Dogmatik desselben einer weiteren Ausbildung fähig und bedürftig sei, und zwar insbesondere nach zwei Richtungen. Zunächst bestehe unleugbar das Bedürfniß einer schärferen und correcteren Präcisirung der dogmatischen Grundbegriffe, sodann aber, was freilich mit dem ersten Punkte auf's innigste zusammenhänge, das Bedürfniß nach Aufstellung eines wissenschaftlichen Systems, „in welchem sich die einzelnen Gestaltungen als die Entwicklung eines einheitlichen Grundgedankens darstellen". — Mit der Arbeit beschäftigt, seine Gedanken über ein solches System in einer umfassenden Erörterung darzulegen, hielt es Gerber für räthlich und zweckmäßig, „jene Arbeit auch sogleich praktisch zu erproben und diese Probe voranzuschicken". So sei das vorliegende Buch entstanden, „das nicht den Anspruch stellt, als eine ausgeführte Darstellung des gesammten deutschen Staatsrechts zu gelten, sondern nur als eine Revision seiner Grundbegriffe in der knappen Fassung von Grundlinien eines dogmatischen Systems". Ueberall, wo dieser Zweck fehlte, also namentlich bezüglich der Erzählung geschichtlicher Thatsachen, der Beschreibung factischer Verhältnisse, sowie der statistischen Nachweisungen, war lediglich eine kurze Scizzirung mit Verweisung auf bekannte Werke beabsichtigt.

Das vorliegende Buch soll demnach gleichsam das dogmatische Scelet jenes in Arbeit begriffenen größeren Werkes, die Systematik und die Grundbegriffe des deutschen Staatsrechts in strenger juristischer Construction (im Unterschiede von jenen neueren Werken, „welche die Aufgabe der rechtlichen Bestimmung der durch unsere modernen Verfassungen gegebenen Begriffe nicht sowohl als eine juristische, denn als eine staatsphilosophische oder politische anzusehen" scheinen) mit gedrungener Erprobung an dem positiven Stoffe desselben bringen, während die eingehende Darstellung des letzteren im Rahmen jenes Systemes und jener dogmatischen Grundbegriffe dem in Aussicht gestellten größeren Werke vorbehalten bleibt.

Bekennen wir vor Allem, daß der Verfasser den Punkt, an welchem die weitere Ausbildung der wissenschaftlichen Dogmatik des deutschen Staatsrechtes nicht nur möglich, sondern auch dringend gefordert ist, mit sicherer Hand gefun-

den hat. Und nicht blos des deutschen Staatsrechtes! Dieses wäre vielmehr weder um sein System, noch um seine dogmatischen Grundbegriffe verlegen, wenn die allgemeine Staatsrechts-Theorie, oder, falls man den Ausdruck vorzieht, die Philosophie des Staatsrechtes ihre Schuldigkeit thäte. — Nachdem die Rechtsphilosophie zur Erkenntniß gelangt ist, daß sie weder berufen sei, den Rechtsstoff a priori zu construiren, noch a posteriori zu schematisiren, sondern vielmehr die Stelle und die Bedeutung des Rechts und seiner Gestaltungen im Ganzen des menschlichen Kulturlebens aufzuzeigen, muß sie ihre Hauptaufgabe nächst der Anknüpfung der Rechts-Idee an das Gesammtsystem der menschlichen Begriffswelt, in der Nachweisung der Gliederung erblicken, welche innerhalb der Rechtsidee vor sich geht, und in der scharfen Präcisirung der systematischen Halt- und Knotenpunkte dieser Gliederung. Wäre die Rechtsphilosophie im Allgemeinen, oder wäre sie auch nur bezüglich des Staatsrechts dieser Aufgabe gerecht geworden, so bestünde bereits, wonach das vorliegende Buch erst sucht, eine Systematik, die, weil nicht nach einem abstracten (dialectischen oder undialectischen) Schema angefertigt, sondern, auf der wirklichen concreten Gliederung der Rechtsidee beruhend, auch geeignet wäre (wozu freilich die speculative Schematik nicht taugte), ohne Gewaltsamkeiten der Darstellung irgend einer Rechtspositivität zum logischen Rahmen zu dienen. Aber freilich, die Rechtsphilosophie war sich zu keiner Zeit so unklar, was sie wolle und solle, als heutzutage, nach dem Zerfalle der großen Systeme deutscher Philosophie, und Bücher von solcher Unklarheit des Standpunktes und so systematischer Verleugnung aller Systematik, wie z. B. Bluntschli's Allgemeines Staatsrecht (in steigender Progression der Auflagen) sind, welche Verdienste sie auch in anderer Beziehung haben mögen, doch sicher nicht geeignet, der Darstellung des positiven Staatsrechtes in der von Gerber aufgenommenen Richtung vorzuarbeiten.

Zwar scheint Gerber solche Vorarbeiten am Boden allgemeiner Staatsrechts-Theorie im Principe zu verschmähen, wenn er es als eine Folge des von ihm erstrebten Systems hinstellt, daß dadurch das deutsche Staatsrecht seine „wissenschaftliche Selbständigkeit" erlangen würde. Allein diese Selbständigkeit ist wohl nur von der Ausscheidung der nicht streng juristischen Elemente zu verstehen, da denn doch für das deutsche Staatsrecht eine so urgründliche Eigenthümlichkeit nicht in Anspruch genommen werden kann, daß es völlig aus dem Systeme und den Grundbegriffen des modernen, d. i. constitutionellen Staatsrechts hinausfiele.

Dem sei jedoch wie ihm wolle; Thatsache ist es, daß der Verfasser des vorliegenden Buches einen wunden Punkt nicht blos der Dogmatik des deutschen Staatsrechts getroffen hat, und daß das Interesse an den Problemen, die er zu lösen sucht, entschieden über die Grenzen der Bearbeitung dieses letzteren hinausreicht.

Die Einleitung (§§. 1—6) fixirt sogleich den Standpunkt des Verfassers durch eine scharfe Gegenüberstellung der „natürlichen" und der „juristischen" Betrachtung des Staates. „Die natürliche Betrachtung des im Staat geeinten Volkes erzeugt den Eindruck eines Organismus, d. i. einer Gliederung, welche jedem Theile seine eigenthümliche Stellung zur Mitwirkung für den Gesammtzweck anweist. Die juristische Betrachtung des Staats aber ergreift zunächst die

Thatsache, daß das Volk in ihm zum rechtlichen Gesammtbewußtsein und zur Willensfähigkeit erhoben wird, mit anderen Worten: daß das Volk in ihm zur rechtlichen Persönlichkeit gelangt" (S. 1). — Wir halten diese Gegensetzung nicht für gerechtfertigt, ja wir erblicken in derselben den Pfahl im Fleische der ganzen Abhandlung. Denn es knüpft sich daran, daß Gerber seine juristische Construction des Staatsrechts lediglich auf den Persönlichkeitsbegriff, mit völliger Beiseitelassung des organischen Moments am Staate, als eines vermeintlich unjuristischen („natürlichen"), zu gründen unternimmt und dadurch in eine Einseitigkeit geräth, durch welche die ganze Darstellung verschoben wird. Dies tritt gleich auf den ersten Seiten des Buches hervor. Im §. 2 — „das Staatsrecht" überschrieben — heißt es: „Die Willensmacht des Staats, die Staatsgewalt, ist das Recht des Staats. Das Staatsrecht ist also die Lehre von der Staatsgewalt und beantwortet die Fragen: was kann der Staat als solcher wollen (Inhalt und Umfang der Staatsgewalt), durch welche Organe und in welchen Formen kann und soll sich sein Wille äußern? In der Persönlichkeit des Staats liegt der Ausgangs- und Mittelpunkt des Staatsrechts; mit der Anknüpfung an sie ist zugleich die Möglichkeit und Richtung eines wissenschaftlichen, d. i. durch einen einheitlichen Gedanken beherrschten Systems gegeben." — Zwar vermag Gerber schon hier das Organische am Staate nicht abzuweisen; stellt er doch als eine Frage des Staatsrechts gleich die hin: durch welche Organe derselbe seinen Willen äußere — eine Frage, deren Beantwortung nicht aus dem Begriffe der Persönlichkeit, sondern nur im Wege organischer Construction aus der Staatsidee gefunden werden kann. Oder aber man muß zugeben, daß es mit dem im §. 1 so scharf betonten Gegensatze der „natürlichen" und der „juristischen" Betrachtung des Staates gar nicht so viel auf sich hat, und daß beide nur darin differiren, daß die juristische Betrachtung dem Resultate der „natürlichen", nämlich der Gliederung des Volkes, durch welche dasselbe zum Gesammtbewußtsein und zur Willensfähigkeit erhoben wird, d. h. dem einheitlichen Volks-Organismus, das specifisch-juristische Prädicat: Persönlichkeit beifügt. Dies mag richtig sein; nur ist es alsdann eine Täuschung, daß im Staatsrechte aus dem Persönlichkeitsbegriffe construirt werde. Dies gilt nicht einmal ohneweiters im Völkerrechte. Auch dieses, als eine selbständige, vom Privatrechte verschiedene Rechtsbildung kann nur aus dem specifischen Wesen der concurrirenden Staatspersönlichkeiten construirt werden, dessen Entwickelung dem Staatsrechte anheimfällt, hier aber nur wieder aus der specifischen Idee entwickelt werden kann, deren concreter Organismus der Staat ist. Die Persönlichkeit ist nur die formelle Zuspitzung dieses Organismus. Sie hat der Staat, der allerdings auch als Rechtssubject in Anbetracht kommt, mit andern Rechtssubjecten gemein; aus dem Begriffe der Persönlichkeit läßt sich daher das Specifische des Staatsrechts nicht herausconstruiren. Was das Staatsrecht characterisirt ist das Eigenartige jenes Organismus, in welchem sich eben die Staatsidee organisirt. Die rechtliche Construction dieses Organismus ist das Staatsrecht.

Es wurde oben aus dem §. 2 des vorliegenden Buches gezeigt, und wird noch durch den Hinweis auf viele andere Stellen bestätiget werden, daß auch

Gerber der Bedachtnahme auf das Organische im Staate nicht entrathen kann. Das Gewicht jedoch, welches er auf das Persönliche, als das, seiner Meinung nach, specifisch-Juristische legt, läßt ihn ausschließlich nur jene Seite des Staates ergreifen, nach welcher die Persönlichkeit desselben ihren Ausdruck findet — „die Willensmacht des Staats", die Staatsgewalt. Daher der Ausspruch: „die Willensmacht des Staats, die Staatsgewalt, ist das Staatsrecht", d. i. die Beschränkung des Staatsrechts auf die Construction der Staatsgewalt. — „Das Staatsrecht ist die Lehre von der Staatsgewalt" (S. 3). Ihr Wesen ist das Herrschen. „Die Willensmacht des Staats ist die Macht zu herrschen; sie heißt Staatsgewalt" (§. 1 a. Schl.).

Hieraus ergibt sich ihm denn auch die Systematik des Staatsrechts nach der obersten Gliederung: (Erster Abschnitt) Die Staatsgewalt. — (Zweiter Abschnitt) Die Organe des Staats, resp. der Staatsgewalt. — (Dritter Abschnitt) Formen der Willensäußerung des Staats. — (Vierter Abschnitt) Rechtsschutz im Gebiete des Staatsrechts. — So dürftig diese Gliederung scheint, so ist sie doch vom Standpunkte der Gerber'schen Auffassung des Staatsrechts völlig erschöpfend.

Es liegt ferner nur in der Consequenz dieses Standpunktes, daß Gerber im Staatsrechte nur ein berechtigtes Subject anerkennt, eben die Staatsgewalt; außer ihr nur „Objecte" der Herrschaft. Diese sind: die Staatsbürger, die Gemeinden und das Staatsgebiet. „Staatsbürger, Gemeinden und das Staatsgebiet sind die natürlichen Gegenstände der Staatsgewalt, in deren Beherrschung sie ihr eigenthümliches Wesen offenbar macht" (§. 15). Die Rechte der Staatsbürger sind bloße „Reflexwirkungen" der Herrschaft, als solche aber ohne systematischen Belang. „Die sogenannten allgemeinen bürgerlichen Rechte ... sind die Gegenwirkung des statistischen Gewaltrechts" (S. 46) ... So reflectirt das Gewaltrecht des Staats für die Unterworfenen ... eine zweite Gruppe von Gegenrechten, welche man gewöhnlich mit dem Namen politische Rechte kennzeichnet" (S. 47). Und allgemeiner: „... auch darin stimmt das Gewaltrecht des Staats an den Staatsbürgern mit jenen übrigen Gewaltrechten (welche das Rechtssystem sonst noch kenne, wobei Gerber vorzüglich an das Familienrecht zu denken erklärt) überein, daß für die Personen, welche die Gegenstände desselben sind, daraus gleichzeitig Gegenrechte an dem Subjecte der herrschenden Gewalt erwachsen; jedoch erscheinen diese nur als die Reflexwirkungen des Gewaltrechts und können daher systematisch nicht als die entscheidenden Momente in Anrechnung gebracht werden" (S. 44). — Es ist lehrreich zu sehen, wie Gerber hier mit den Consequenzen seines Standpunktes ringt. Diese Gegenrechte, welche dem Rechts-Objecte „an dem" Subjecte des Rechts reflectiren — sind sie nicht, ganz abgesehen von der staatsrechtlichen Stellung, auch nur aus dem Gesichtspunkte juristischer Construction über die Maßen monströs? — Staatsrechtlich erinnern sie an das Xenion: Wenn die Könige bau'n, haben die Kärrner zu thun.

Das einzige directe Recht ist denn jenes der Staatsgewalt. „Die Staatsgewalt ist die Willensmacht eines persönlich gedachten sittlichen Organismus" (S. 49). „Die rechtliche Aeußerung der Staatsgewalt ist das Herrschen. Dieß bedeutet eine für die Aufgaben der staatlichen Verbindung wirksame Willens-

macht, welcher das ganze Volk in allen seinen Theilen unterworfen ist" (S. 21). — Wir brauchen nicht erst aufmerksam zu machen, wie sich das zurückgedrängte organische Moment dennoch überall geltend macht. Die specifische „Willensmacht" des Staates läßt sich nicht anders bestimmen, als aus der „Aufgabe der staatlichen Verbindung". Freilich aber an der bedeutsamsten Stelle bricht die Construction ab; die Staatsgewalt ist lediglich „eine Naturkraft, welche im Staate ... ursprünglich enthalten ist" (S. 21). — Sie ist jedoch keine absolute Willensmacht. „Sie soll nur dem Zwecke des Staats dienen, nur für ihn bestehen." Hieraus ergeben sich die Grenzen der Staatsgewalt (§§. 10—13, resp. 14). Ganz richtig; nur geht die Construction fortwährend über die formellen Bestimmungen des „Herrschens", der „Willensmacht", der „Staats-Persönlichkeit" hinaus, auf die organische Bedeutung der Staatsgewalt.

Eben daher werden auch alle näheren Bestimmungen über die Beziehung der Staatsgewalt zu ihren (bereits namhaft gemachten) Objecten (§§. 15—22) genommen.

Der Inhalt ihres Rechts an der Person der Staatsbürger geht dahin, „daß der Staatsbürger sich der Fügung des Staatswillens in jeder Form seiner rechtmäßigen Kundgebung unterordne und gehorsam erweise, so wie daß er dem Staat seine persönlichen und ökonomischen Kräfte in so weit zur Verfügung stelle, als das Bedürfniß ihrer Verwendung besteht ... Selbstverständlich ist es, daß dieses Gewaltrecht nur innerhalb der Schranken besteht, welche für die Staatsgewalt überhaupt gelten, und daß es auch nur in der Form ausgeübt werden darf, welche das Recht hiefür aufstellt". — Diese Construction läßt vom Standpunkte juristischer Präcision gewiß sehr viel zu wünschen übrig — vornehmlich darum, weil die organischen Momente sich fortwährend nur hereinstehlen müssen. Eine unumwunden organische Construction könnte ganz anders präcisiren.

Daß die schwächlichen Reflexrechte, welche den Staatsbürgern in ihrer Beziehung zur Staatsgewalt zuerkannt werden, auch nur wieder einzig und allein aus dem functionellen Berufe der letzteren hervorgehen, liegt auf der Hand. Da jedoch aus diesem doch wieder nicht explicite construirt wird, so begegnet man lauter unvermittelten Behauptungen. So gleich S. 46, daß „der ganze Zweck dieses Gewaltverhältnisses (zwischen Staatsgewalt und Staatsbürger) die Gewährleistung einer gedeihlichen Existenz in der Volksgemeinschaft" sei, woraus der Reflexbegriff des bürgerlichen Rechts genommen wird, dessen Auffassung („das jedem Staatsbürger zustehende Recht der Theilnahme an den auch für den Einzelnen aus der Arbeit der Staatsgewalt hervorfließenden Vortheilen") unserer Meinung nach die Sache völlig auf den Kopf stellt. — Noch unmotivirter nach dem Ausgangspunkte der Gerber'schen Construction scheinen uns die Sätze, welche zu den politischen Reflexrechten der Staatsbürger hinleiten. Es wird nämlich als eine fernere Eigenthümlichkeit des staatlichen Gewaltrechts angeführt, daß seine Ausübung nicht als die Geltendmachung eines außer dem Volke stehenden fremden Willens erscheinen soll; daher gewähre der Staat den Staatsbürgern selbst ein Recht der Mitbestimmung bei der Ausübung seiner Herrschaft, indem er einem Theile derselben durch die politischen Wahlrechte eine Einwirkung auf die Richtungen verstattet, welche der Staatswille nehmen soll. Und so reflectire der Ge-

waltwille des Staates für die Unterworfenen als jene zweite Gruppe von Gegenrechten, welche die politischen heißen. — Aber von dem Ausgangspunkte des bloßen Persönlichkeitsbegriffes und seiner Bethätigung als Herrschaft fehlt jeder Grund dafür, daß die Staatsgewalt „nicht als die Ausübung eines außer dem Volke stehenden Willens" erscheinen solle, ja aus dem Begriffe der juridischen Persönlichkeit folgt zunächst das Gegentheil. Nicht im Hinabsteigen von der „persönlichen Willensmacht" des Staates, sondern im Emporsteigen zu derselben mittelst einer wahrhaft organischen Construction ergeben sich die Volksrechte, dann aber freilich mit einer anderen Bedeutung als jene Reflexrechte von Staats-Gnaden, die nicht einmal den Werth systematischer Knotenpunkte beanspruchen können. — Am Standpunkte Gerber's ist es hingegen eine Inconsequenz, überhaupt nur vom Volke zu sprechen. Dieser Begriff liegt gänzlich außerhalb seiner staatsrechtlichen Construction. Diese beginnt bereits bei der fertigen Staatspersönlichkeit, deren Verkörperung die Staatsgewalt ist, welche ihrerseits wieder nur Staatsbürger (nebst Gemeinden und dem Territorium) zu Objecten hat. Das Volk steht gänzlich außer dieser staatsrechtlichen Begriffswelt. Zweck jenes Verhältnisses ist daher nicht „die Gewährleistung einer gedeihlichen Existenz in der Volksgemeinschaft", sondern Bethätigung der Willensmacht an ihren diversen Objecten, Herrschaft, und es liegt in der Relation von Subject und Object, daß jene Willensmacht die Geltendmachung eines „fremden Willens" an seinem Gegenstande sei. — Dies scheint uns die unerbittliche logische Consequenz zu ergeben, keine Reflexrechte.

Ueber das Verhältniß der Staatsgewalt zu ihrem andern Objecte, der Gemeinde (§§. 20 u. 21), finde ich schlechterdings nichts, was auf den Namen einer juristischen Construction Anspruch machen könnte. Es wird bemerkt, daß die Arbeit des Staats für das ganze Volk (?) in mancher Beziehung ähnlich sei und zum Theile mit derjenigen zusammenfalle, welche die Gemeinde in ihrem engeren Kreise zu lösen hat; so betrachte er sie als seine natürliche Ergänzung; so komme es, daß er seine eigene Lebensfähigkeit auf ihr Bestehen und ihr dem Ganzen förderliches Wirken stütze; und so erkläre es sich, daß er auch sie in den Kreis der Personen und Sachen erhebe, an welche sich unmittelbar sein staatliches Herrschaftsrecht anknüpft. Daher könne er ihre Organisation und Entwicklung nicht der individuellen Willkür preisgeben, sondern mache die Gemeindeordnung zu einer der wichtigsten Angelegenheiten der Staatsgesetzgebung, und unterwerfe die Verwaltung der Gemeinde seiner Aufsicht; daneben stelle er noch mancherlei andere Ansprüche an die Gemeinde; an sie und ihre Vertreter wende sich vielfach die Regierung zum Zwecke der Durchführung allgemeiner Maaßregeln, zugleich betraue sie den Gemeindevorstand mit einer Reihe staatlicher Functionen, insbesondere der örtlichen Polizei. „Aus allem diesen ergibt sich der Inhalt des Rechts, welches dem Staat an der Gemeinde zusteht. Sie sind selbständige öffentliche Corporationen mit eigenem Lebensberufe, aber sie gehören zu den unmittelbaren Objecten der staatlichen Herrschaft; auch auf sie erstreckt sich das constitutionelle Gewaltrecht des Staats" (S. 55—58). Dies sind ohne Zweifel eine Reihe sehr schätzbarer Bemerkungen, aber von juristischer Construction, und zumal aus dem Persönlichkeitsbegriffe, ist darin keine Spur. Nicht einmal das ist ersichtlich, ob auch der Gemeinde Reflexrechte zuerkannt werden und welche? Das ganze Ergeb-

niß der Gerber'schen Arbeit in Betreff der Gemeinde beschränkt sich darauf, daß ihr die systematische Stellung im Staatsrechte neben den Staatsbürgern und dem Staats-Territorium angewiesen wird. Dies dünkt uns eine sehr problematische Errungenschaft.

Warum übrigens von den gesellschaftlichen Formationen nur die Gemeinde herausgehoben wurde, ist nicht wohl abzusehen. Eines der wichtigsten staatsrechtlichen Probleme ist die Erörterung des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft, und an diesem Problem mag sich eine tüchtige Construction bewähren. Die Gesellschaft bildet ebenso die Pforte zum Staatsrecht, wie zu allen Staatswissenschaften. Das Verhältniß des Staates zu den einzelnen socialen Gestalten kann natürlich nur auf Grundlage der Erledigung jener allgemeineren Frage zur Lösung kommen; es hat nur die Präcisirung der allgemeinen Resultate je nach dem specifischen Wesen dieser letzteren (Gemeinde, Kirche ꝛc. ꝛc.) zum Gegenstande. Aus dem Begriffe des Herrschens aber sind diese Fragen so wenig zu erledigen, daß sich vielmehr umgekehrt erst aus ihrer Erledigung der (concrete) Begriff des Herrschens, der (concrete) Inhalt des Staatswillens ergibt.

Das dritte Object der Staatsgewalt ist das Staatsgebiet. Gerber definirt das Recht des Staates bezüglich desselben dahin: „daß der Staat auf ihm Staat sein darf, daß das Territorium die örtliche Ausdehnung der Wirkung seiner Staatsgewalt darstellt, und daß er die Anerkennung desselben als örtlichen Machtgebiets in Anspruch nehmen kann" (S. 61). So bereitwillig wir anerkennen, daß sich diese Definition, sowie die ganze Erörterung Gerber's über das bezügliche Rechtsverhältniß, von der Einmischung privatrechtlicher Eigenthumselemente fernhält, so ist das doch nur ein negatives Verdienst. Die positive Bestimmung, wie sie in vorstehender Definition zusammengefaßt ist, dünkt uns, wir können es nicht verhehlen, ziemlich nichtssagend. Wir sind am Schlusse der Definition über den Inhalt des Rechts des Staates an seinem Gebiete kaum viel klüger geworden. Mit welchen materiellen Wirkungen dasselbe „Object" des Gewaltrechtes der Staatsmacht sei? ist aus keiner der Bestimmungen dieser Definition zu entnehmen, und wir werden derselben daher die juristische Präcision, die sich Gerber zur Aufgabe gestellt, nicht zuerkennen dürfen.

Eben so wenig vermögen wir einzusehen, daß sich der Begriff der Staatspersönlichkeit hier irgend fruchtbar erweise, insbesondere daß er einen Anhaltspunkt zur Construction des „staatsrechtlichen Sachenrechtes" am Staatsgebiete im Unterschiede vom privatrechtlichen Sachenrechte gewähre. Derselbe könnte im Gegentheile nur zur gründlichen Verwischung jedes Unterschiedes führen, und nur wieder aus seinen organischen Beziehungen wird das staatsrechtliche Wesen des Territoriums zu begreifen sein.

Wollten wir weiters ausführen, daß weder in dem Capitel über die „Arten der Wirksamkeit der Staatsgewalt" (§. 9) — der Verf. unterscheidet gesetzgebende, richterliche und verwaltende Thätigkeit, die er in den Begriff der Regierung zusammenfaßt — noch in jenem über die „materiellen Richtungen" derselben (§. 23) aus dem Persönlichkeitsbegriffe construirt wird, so ließe sich zwar erwidern, daß in den bezogenen Capiteln überhaupt nicht construirt werde. Wir müssen jedoch hingestellt sein lassen, ob dies mit der einbekannten Aufgabe des

vorliegenden Buches vereinbar sei? Man sollte meinen, daß die bunt durcheinandergewürfelte Skizze materieller Richtungen der Staatsgewalt, welche §. 23 bringt, einen methodischen Denker, wie Gerber, völlig unbefriedigt lassen und ihn mit aller Macht des logischen Bedürfnisses dahin drängen müsse, in einer so wichtigen Partie „die Grundlage sicherer juristischer Deduction" nicht ohneweiters fahren zu lassen.

Wir haben die Lehre von der Staatsgewalt ausführlicher zergliedert, weil bei Besprechung eines Buches, welches den Satz an die Spitze stellt: die Staatsgewalt ist das Recht des Staates (§. 2), daher auch umgekehrt: das Recht des Staates ist die Staatsgewalt, wohl keiner besonderen Rechtfertigung bedarf.

In Betreff der übrigen Abschnitte werden wir uns kürzer fassen.

Wenn der zweite Abschnitt: Die Organe des Staats, mit den Worten eingeleitet wird, schon in der Vorstellung des Staats als eines Organismus liege der Gedanke, daß ihm gewisse Organe angeschaffen sein müssen, in deren Handeln sich der Wille seiner Persönlichkeit verwirklicht, so wollen wir nur constatirt haben, daß diese Deduction ganz und gar an die „natürliche" Betrachtung des Staats (§. 1) als Organismus anknüpft. Als Organe des Staats (consequent sollte es heißen: der Staatsgewalt) anerkennt Gerber den Monarchen und die Stände, — nicht die Staatsdiener (oder wie es wohl richtiger heißen soll: die Staats-Aemter). Dies entschieden ohne genügende Begründung. Selbst wenn es wahr wäre, daß ihr Recht „kein ursprüngliches zur Kundgebung des Staatswillens, sondern nur ein abgeleitetes" sei, daß sie lediglich „die rechtlichen Gehilfen des Monarchen" — Sätze, die wir weder für gleichbedeutend, noch für richtig anerkennen —, so würde daraus nur folgen, daß sie Staatsorgane anderer Art als Monarch und Stände, aber gewiß nicht, daß sie überhaupt keine Organe des Staatswillens seien.

Das Recht des Monarchen und seines Hauses ist (§§. 25—28) voll und breit gezeichnet; eben so Erwerb, Verlust und Ausübung des Monarchenrechts (§§. 29—34). Die Vorzüge dieser Darstellung bestehen in dem weiteren Wurfe der Anlage, in der Betonung des öffentlich-rechtlichen Charakters der monarchischen Stellung und in dem Streben nach einer Tiefe der Formeln, die jedoch mitunter etwas sehr mystisch anklingt. Das staatliche Wesen aller einschlägigen Rechtsverhältnisse wird der privatrechtlichen Auffassung des älteren deutschen Fürstenrechts scharf entgegengestellt. Hieraus schon geht hervor, daß der Persönlichkeitsbegriff, der hier allerdings mehr als irgendwo am Platze ist, nur in engster Durchdringung mit dem functionellen Charakter des Fürstenthums zur Verwendung gelangen kann. — „Der Monarch ist das oberste Willensorgan des Staats ... In dem Monarchen wird die abstracte Persönlichkeit der Staatsgewalt verkörpert (S. 71: ... Aber dieses Willensrecht des Monarchen ist nicht ein Recht der individuellen menschlichen Persönlichkeit, sondern ist durch die Fügung (?) des institutionellen Charakters der monarchischen Organschaft gebunden" (S. 73). — Vielleicht kommt hiebei die „individuelle menschliche Persönlichkeit" sogar zu kurz.

Innerhalb der Darstellung des Monarchenrechts wird das Staatsamt in der systematischen Rubricirung: „Die Gehilfen des Monarchen, Staatsdiener" behandelt (§§. 35—39). Dieß scheint uns nicht gerechtfertiget. Ist es wahr, daß

die Staatsdiener nicht zu den Organen des Staatswillens gehören (§. 24), so können sie im System des Staatsrechts nach Gerber's Auffassung so wenig eine Stelle finden, als derselbe den bürgerlichen und politischen Reflexrechten der Staatsbürger eine Stelle im System gewährt. Sie üben dann eben auch nur Reflexrechte der monarchischen Function.

Daß wir jedoch von Gerber in der Auffassung des Staatsamtes principiell differiren, ist bereits oben bemerkt worden. Mit dieser Auffassung läßt sich zumal „das eigenthümliche Wesen unseres modernen Verfassungsstaats" (S. VIII) nicht construiren.

Im zweiten Capitel dieses Abschnittes (§§. 39—43) werden die Landstände behandelt. — Daß das Wesen des constitutionellen Staates nur mittelst einer tiefgehenden organischen Construction entwickelt werden kann, daß die einseitige Festhaltung des Persönlichkeitsmoments zur Theorie des Absolutismus führt, konnte sich Gerber wohl nicht verhehlen. Die ganze Dialectik dieses Abschnittes zielt daher auf die Hereinleitung organischer Momente in den Begriff der Staatspersönlichkeit und ihrer monarchischen Verkörperung. „Im Monarchen hat der Staat den persönlichen Vertreter seines Willens. Aber diese Vertretung soll so beschaffen sein, daß sie den wirklichen Inhalt des Staatswillens zur Erscheinung bringt .... Sonach bedarf der Staat noch ein besonderes Organ ... dieses Organ sind die Landstände (S. 118 fg.) ... Ihre Stellung beruht auf der Thatsache, daß das Volk zu einem einheitlichen politischen Ganzen verschmolzen ist ... und daß auf Grundlage des so geeinten Volkes ... der Staat selbst als rechtlicher Gesammtorganismus erwachsen ist. Die heutigen Landstände sind ein Glied dieses Organismus, welchem eine seiner wichtigsten Lebensfunctionen vertraut ist" (S. 111 fg.). — Daß hier die juristische Construction wieder völlig auf der von Gerber sogenannten „natürlichen" Betrachtung des Staates (dem Organismus) fußt, bedarf kaum der Erinnerung. Nur arbeitet sie eben mit Begriffen, die im Gerber'schen Staatsrecht nirgends entwickelt werden. Sein Sprung zur Staatspersönlichkeit setzt über das Volk weg, und auch ein im Monarchenwillen nicht vom Hause aus aufgehender „Staatswille", welcher „seine materiellen Motive aus dem sittlichen Bewußtsein des Volkes" erhalten soll, hat in den staatsrechtlichen Grundlagen Gerber's keine Wurzel. Es sind dieß recht liebenswürdige Inconsequenzen, jedoch um nichts weniger Inconsequenzen.

Der Beruf der Landstände wird (S. 119) dahin definirt: „ihre Aufgabe ist nicht zu herrschen, sondern beschränkend zu dem herrschenden Willen des Monarchen hinzuzutreten, so daß dieser erst zur rechtlichen Existenz gelangt, wenn er da, wo es die Verfassung fordert, den Willen der Landstände in sich aufgenommen hat".

Wenn die „rechtliche Aeußerung der Staatsgewalt" das Herrschen ist (§. 7, S. 21), und die Landstände, was wir zugeben, am Herrschen keinen Antheil haben; so sind sie eben keine Organe der Staatsgewalt, und ihre Stellung im System ist verfehlt. Nachdem ferner das ganze Staatsrecht von vorneherein in's Herrschen gelegt worden ist, so ergibt sich für die Landstände überhaupt keine staatsrechtliche Stellung und keine staatsrechtliche Aufgabe. Daraus erklärt sich auch die verzwickte Definition ihres Berufes, die auf juristische Präcision

doch wahrlich keinen Anspruch machen kann. Den Willen eines Anderen in sich aufnehmen; gibt es eine verschwommenere, verlegenere Wendung? Sie sagt entweder zu viel oder zu wenig. Soll damit eine lediglich psychologische Aufnahme des fremden Willens gemeint sein, so paßt die Definition auch auf consultative Landstände; soll eine juristische, d. i. obligatorische Willens-Aufnahme gemeint sein, so kann dies nicht mit dem peremptorischen Veto zusammenbestehen. — So führt denn der Sieben-Meilen-Schritt, welcher gleich im §. 1 zur Staatspersönlichkeit, und im §. 2 zur Staatsgewalt gelangt, auch über die Häupter der Landstände und ihre rechte staatsrechtliche Stellung hinweg.

Gerade der Darsteller des deutschen Staatsrechts hat am Art. 57 der Wiener-Schlußacte einen Anlaß mehr, den Begriff der Staatsgewalt auf der Goldwage abzuwägen.

Daß Gerber, nachdem er im §. 2 das Staatsrecht auf die Staatsgewalt gestellt, nachdem er im ersten Abschnitte die Staatsgewalt abgehandelt, im zweiten Abschnitte nicht von den Organen der Staatsgewalt handeln konnte, sondern die vertuschende Wendung: Organe des Staates zu wählen genöthigt war, hätte ihn aufmerksam machen müssen, daß die Landstände in seinem System ein hors d'oeuvre sind.

Der dritte Abschnitt beschäftigt sich mit den „Formen der Willensäußerung des Staats" unter dem doppelten Gesichtspunkte: für welche Aeußerungen des Staatswillens das Zusammenwirken seiner beiden Organe erforderlich ist oder die alleinige Vertretung durch den Monarchen genügt; sodann: wie im ersten Falle dieses Zusammenwirken, und im zweiten dieses Alleinhandeln beschaffen sein müsse? Dies wird nach der dreifachen Richtung der Staatsthätigkeit als Gesetzgebung, Gericht und Verwaltung behandelt. Unter der ersten Rubrik kommt auch die „Nothgesetzgebung" (§. 47), kommen ferner die Fragen, welche sich an „formwidrige Gesetze" knüpfen (§. 49), dann (in den §§. 50—53) „das Finanzgesetz" zur Sprache. Es überwiegt in diesem Abschnitte das Stoffliche, und die Systematik muß sich auf die Anordnung desselben unter möglichst übersichtlichen Gesichtspunkten beschränken. Daß die Zusammenfassung unter diese letzteren mitunter sehr äußerlich geschieht, zeigt z. B. die Behandlung des „Finanzgesetzes" und mit diesem des ganzen constitutionellen Finanzwesens unter der Rubrik „Gesetzgebung". Mannigfaltige Gewaltsamkeiten sind bei der vom Verfasser beliebten magern Gliederung unvermeidlich. Es dürfte hier der Ort sein, über die Beseitigung des Verwaltungsrechts im Gerber'schen System ein Wort zu sagen. Diese hat eine zweifache Bedeutung. Gerber selbst versteht dieselbe (Vorrede p. IX) zunächst nur dahin, daß er „den größten Theil des Stoffes, den man unter dem Namen Verwaltungsrecht zu begreifen pflegt", ausscheide, indem derselbe, seiner Meinung nach, mit dem Staatsrecht in keinem engeren Zusammenhang stehe als das Straf- und Proceßrecht. Gerber spricht hier wohl von dem eigentlich technischen Stoffe des Verwaltungsrechts, der gewiß mit Unrecht in staatsrechtlichen Werken in jener cursorischen Weise abgehandelt zu werden pflegt, die nur zur Oberflächlichkeit führt. — In einem andern Sinne ist die Ausscheidung des Verwaltungsrechts genommen, wenn darunter verstanden wird, daß in der Gerber'schen Systematik für ein geschlossenes Verwaltungsrecht keine Stelle ist.

In diesem Sinne nimmt sie Gerber im §. 2, S. 4. Wir sind jedoch weder mit ihm noch mit Fricker (in der Anzeige des vorliegenden Buches in der Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, 21. Bd., 3. Heft, S. 477) einverstanden, daß dies so in der Consequenz des Gerber'schen Standpunktes liege. Gerade in der Verwaltung, in jenem weiten Sinne, wie sie im Verwaltungsrecht verstanden ist, tritt die geschlossene Staatspersönlichkeit auf; gerade die Verwaltung hat es mit dem Staatswillen (mit dem „Herrschen") zu thun, der hier selbst auf Elemente, welche im Verfassungsbau des Staates eine organische Bedeutung haben, lediglich bestimmend einwirkt. Die Verfassung ist die Construction der Staatspersönlichkeit, die Verwaltung ist die Action derselben. Dies räumt auch Gerber (an der letztbezogenen Stelle) völlig ein; das Argument aber, durch welches er gleichwohl das Verwaltungsrecht ausscheidet, geht zu weit. „Ist das Staatsrecht die Lehre von der Bestimmung des staatlichen Lebensorganismus — bemerkt er —, so gehört dahin auch nur die Entwicklung derjenigen Rechtssätze und Rechtsinstitute, welche sich unmittelbar auf die Lebens- und Willenkraft des Staats beziehen; der Umstand allein, daß eine rechtliche Ordnung von der Staatsgewalt ausgegangen und von ihr im öffentlichen Interesse geschaffen worden ist, kann demnach noch kein Grund dafür sein, daß ihr Inhalt in das Bereich des Staatsrechts gezogen werde. Das Strafgesetzbuch, die verschiedenen Proceßordnungen, ferner die mannigfachen Ordnungen und Einrichtungen, welche man unter dem Namen des Verwaltungsrechts zusammenzufassen pflegt, sind zwar Producte der wirkenden Staatsgewalt, aber ihre wissenschaftliche Darstellung hat den Einheitspunkt nicht in letzterer, sondern in der eigenen Zweckbestimmung derselben zu suchen." — Dies Alles scheint uns nur halbe Wahrheit. Die von Gerber erwähnten Ordnungen haben eine doppelte Seite; eine mit welcher sie in den Staat fallen, die andere mit welcher sie der Gesellschaft angehören; ja man kann sogar eine dritte, völlig technische Seite an denselben unterscheiden. Die erstere ist eine rein staatsrechtliche Beziehung, denn sie betrifft das Recht des Staates, in die „von jenen Ordnungen beherrschten Lebenskreise" bestimmend einzugreifen, und sie deducirt dieses Recht aus dem Wesen des Staates und seiner Aufgabe. Der Staat ferner, indem er in irgend welche Lebenskreise eingreift, vollbringt stets nur staatliche Aufgaben; nicht zwar, daß „in solchen Ordnungen der Staatsgewalt ein Gebiet unmittelbaren Handelns und Eingreifens vorbehalten ist", wohl aber, daß sie im Setzen dieser Ordnungen eine wesentliche Function des staatlichen Lebens vollzieht, begründet die staatsrechtliche Seite derselben.

Und so kann sich denn auch Gerber nicht darauf beschränken, nur „Subject" und „Object" der Herrschaft zu entwickeln, sondern muß auch, wenn auch fragmentarisch, über die lebendige Beziehung des Subjects auf's Object der Herrschaft nach Form und Inhalt sprechen.

Wir nehmen daher den Standpunkt der Vorrede (S. VIII) gegen jenen des Textes (S. 4 fg.) in Schutz und glauben auch, daß die Detail-Ausführung Gerber's, namentlich im ersten und dritten Abschnitte seines Buches, jenem mehr entspricht, wenn wir auch einräumen müssen, daß das Verwaltungsrecht in Gerber's Darstellung keinen systematischen Abschnitt bildet.

Der vierte Abschnitt behandelt den Rechtsschutz im Gebiete des Staatsrechts, gleichsam das formelle Recht nach Voransendung des materiellen, entsprechend der Gliederung des Privatrechts.

Es kommen hier sehr wichtige Fragen zur Sprache, deren Zusammenfassung zu einem systematisch-geschlossenen Ganzen sich immerhin als Garantie der Vollständigkeit empfehlen mag. Dagegen aber sind diese Materien nicht nur unter sich sehr disparat, sondern stehen überdies mit anderen Partien des Staatsrechts in so engem und jedenfalls innigerem Zusammenhange, daß deren Ablösung von denselben in einem ausgeführten Systeme ohne große Inconvenienzen kaum thunlich sein dürfte. So müßten in einem solchen System die Minister-Anklage (§. 58), der Schutz des Staatsoberhauptes und seines Hauses, der Stände-Mitglieder, der Beamten (§§. 60 und 61) ꝛc. ꝛc. wohl schon an früherer Stelle zur Sprache kommen, und dürfte für den hier in Rede stehenden Abschnitt kaum mehr als ein Resumé früherer Lehren unter dem zusammenfassenden Gesichtspunkt des staatsrechtlichen Rechtsschutzes erübrigen. Der systematische Werth dieses Abschnittes, welcher doch weder von einem durchgreifenden juristischen, noch auch von einem technischen (processualischen) Gedanken beherrscht wird, scheint uns sehr gering. Auch ist der Cyclus der systematischen Behandlung der Staatsgewalt durch die drei ersten Abschnitte: Die Staatsgewalt; Die Organe des Staats; Die Formen der Willensäußerung des Staats — geschlossen, und paßt der vierte gar nicht in denselben. Die Scheidung des materiellen Rechts und seiner Formalisirung aber, obwohl in anderen Rechtspartien unvermeidlich, dünkt uns durchaus kein solcher Vorzug, daß Grund vorhanden wäre, der Sache Gewalt anzuthun, um derselben auch in's Staatsrecht Eingang zu verschaffen.

Wenn wir auf die vorstehende Zergliederung des Gerber'schen Buches zurückblicken, so dürfte daraus hervorgegangen sein, daß es dem Verfasser nicht gelungen ist, den gesuchten Ausgangspunkt für die juristische Construction und die richtige Systematik des Staatsrechts zu finden. Wenn das Ziel des Buches, nach der im §. 1 genommenen Position, nur dahin liegen konnte, die „juristische Betrachtung" des Staates als persönliche Willensmacht, von der „natürlichen" als Organismus streng zu sondern, und die juristische Construction des Systems des Staatsrechts mit den dahin gehörigen dogmatischen Grundbegriffen lediglich auf jene zu gründen, so ist weder das eine noch das andere wirklich geschehen. Das organische Moment, obwohl principiell ausgeschlossen, bricht thatsächlich überall herein und beweist nur die Unmöglichkeit einer Construction des Staatsrechts aus dem bloßen Persönlichkeitsbegriffe. Mit jenem Hereinbrechen jedoch (welches, wie wir gezeigt haben, hin und wieder sogar ein ganz planvolles Hereinleiten ist) wird die Unzulänglichkeit des principiellen Ausgangspunktes nicht sanirt. Das Einzelne konnte damit leidlich zurecht gerückt werden, aber nicht die Gesammtanlage, nicht die Reducirung des Staatsrechts auf eine bloße Theorie der Staatsgewalt, nicht die hiedurch bedingte Verschiebung und Verkürzung des Systems. — Die Staatsgewalt ist der Schlußstein des staatlichen Gebäudes, aber sie ist nicht dieses Gebäude ganz und gar; oder um der Sache ohne Gleichniß näher zu treten, wenn der Staatsorganismus in der Staatsgewalt, als dem Organ seines Bewußtseins und Wollens, verpersönlicht wird, so sind damit

eben nicht alle Functionen dieses Organismus, sondern nur die eine, höchste, geistigste ergriffen. Gerber fasst den Staat sogleich bei der Staatsgewalt, wie die gewöhnliche Darstellung den Menschen gleich beim Geiste fasst. Wie aber der Mensch nur verstanden werden kann, indem man von der leiblichen Organisation zur geistigen Function aufsteigt (und wer dächte hier nicht an Carus' treffliche Werke, vor allen an die tiefsinnige „Psyche"?); so muß auch der Staat — unter dem rechtlichen Gesichtspunkt nicht minder als unter jedem andern — von der breiten socialen Grundlage aus durch die immer intensivere einheitliche Zusammenfassung bis zur höchsten persönlichen Zuspitzung hinauf construirt werden. Die Voraussetzung des Staates ist die Gesellschaft, der auf der Arbeitstheilung und Interessen-Besonderung beruhende Organismus. Der Staat beruht auf der entgegengesetzten, zur Einheit drängenden Bewegung. Dieser Einheitstrieb, aus der gesellschaftlichen Partikularisation selbst hervorbrechend, gliedert den socialen Organismus seinem Principe gemäß, d. i. einheitlich, fasst die socialen Elemente zu neuen, zu staatlichen Combinationen zusammen, wirkt (unbeschadet der gesellschaftlichen Gliederung) die Organe des Einheitslebens des Volkes — des Staats. Diese Organisation vollendet sich zwar in der Staatsgewalt, aber sie geht darin nicht auf. Am wenigsten im constitutionellen Staate, dessen Wesen es ist, daß er die lebendigen Mittelglieder zwischen der Gesellschaft und der Staatsgewalt in auf- und absteigender Richtung (Verfassung und Verwaltung) zur Entwicklung bringt.

Damit aber stehen wir vor jenem Punkte der Gerber'schen Darstellung, in welchem wir das Proton Pseudos derselben erblicken — der Entgegenstellung der „natürlichen" und der „juristischen Betrachtung" des Staates, und dem vermeintlichen Erfassen der letzteren im Begriffe der Staatspersönlichkeit.

Warum aber — muß man fragen — ist die Betrachtung des Staates als Organismus „natürlich", und die Betrachtung als Persönlichkeit „juristisch"? . . Wie verhalten sich überhaupt das Natürliche und das Juristische zu einander? Ist das Juristische etwas Anderes als eine Aussage, die aus der Höhe des bewußten Geistes über das Natürliche, d. i. lediglich Gegebene geschieht, und welche nur richtig ist, wenn sie alle Momente des Natürlichen erfaßt? Ist das Juristische (wie alles Sittliche) etwas anderes als das Natürliche in die Sphäre der Bewußtheit und der Freiheit erhoben und aus ihr wiedergeboren? — Alsdann aber muß, wenn das „natürliche" Wesen des Staats: Organismus ist, auch die juristische Betrachtung ihn als solchen fassen, und das specifisch Juristische in der Betrachtung und Construction desselben besteht nur in der Auffassung seiner objectiven Formen — nicht als bloße Thatsache, oder als Resultat blinden Naturdranges, sondern der sich in freier menschheitlicher That organisirenden Staatsidee. Die Persönlichkeit ist so wenig das specifisch Juristische in der Auffassung des Staates, daß ihr die Betrachtung desselben unter jedwedem andern Gesichtspunkte nicht minder Rechnung tragen muß. Aber nur durch eine Reihe von Vermittlungen steigt das Volksleben zu der erfüllten Einheit der Persönlichkeit hinan, und das Staatsrecht umfaßt ebenso auch diese Vermittlungen, insoferne sie sich zu gediegenen Lebensformen condensiren. Es umfaßt die gesammte Organisation, nicht blos das Central-Organ — die Staatsgewalt.

Es ist interressant, den heutigen Standpunkt Gerber's mit jenem in seiner früheren Schrift „Ueber öffentliche Rechte" (1852) zu vergleichen. Dort wird in Anknüpfung an die Ansichten Albrecht's, Wippermann's und Schmitthenner's, von denen namentlich der Erstere mit voller Klarheit an Stelle des früheren privatrechtlichen Subjects der Landeshoheit, zur Construction des öffentlichen Rechts die Staatspersönlichkeit als Rechts-Subject postulirte, gegen diesen Vorgang — Seite 18 fgg. — mit folgender Argumentation Front gemacht. „Setzt man an die Stelle der beseitigten privaten Persönlichkeit des Regenten die juristische Persönlichkeit (des Staats), so kommt man unvermerkt auf den Punkt zurück, den man vermeiden wollte, nämlich auf das privatrechtliche Subjectsverhältniß, und zwängt die unendliche Mannigfaltigkeit des staatsrechtlichen Stoffs von Neuem in den engsten und ungeeignetsten Rahmen ein .. Man wird für die Characteristik des Staats als selbstständiger, in sich ruhender Institution nichts weiter gewonnen haben, als einen äußerlich angelegten, das innere Leben nicht berührenden rein formalen Begriff" ... Und hieran reihen sich in positiver Richtung folgende bemerkenswerthe Worte: „Jener Zweck, die Unterwerfung des Staats unter den Privatwillen des Einzelnen (nach älterer staatsrechtlicher Auffassung) zu vermeiden, wird schon auf das Vollständigste durch die Annahme der Idee des Organismus erreicht. Der Staat ist ein sittlicher Organismus, der nicht wie der Mechanismus durch eine außer ihm stehende Kraft, sondern durch das eigene in ihm selbst wohnende Lebensprincip bewegt wird, das freilich nicht in einem einzigen Punkte localisirt ist, sondern in allen seinen einzelnen Gliedern mit selbständiger Bestimmung für die Zwecke des Ganzen thätig wird" ...

Um wie viel näher stand Gerber damals der Wahrheit und wie groß ist der Irrthum, wenn er in seinem dermaligen Standpunkt (S. 2, Note 1 der vorl. Schrift) nur eine „theilweise Aenderung" jener früheren Ansicht erblickt. Der Umschwung könnte nicht gründlicher sein. Zwar liegen die Elemente desselben schon in dem früheren Schriftchen vor, wenn es dort (S. 20) heißt: „Der Begriff des Organismus, so fruchtbar und nothwendig er für die Auffassung des Staatslebens wird, ist demungeachtet nichts weniger als ein juristischer. Sein Verhältniß zum Rechte ist nur dies, daß er den materiellen Inhalt einer juristischen Form anzeigt, die jedoch jener nicht ganz in sich aufnimmt, sondern sein selbstständiges Dasein durch Bestimmung des Einzelnen nur unterstützt; .... der Staat als Organismus ist ein im Reiche des Sittlichen gegebener Begriff, das Recht hat ihn nicht erst durch eine juristische Form in's Dasein gerufen, es setzt ihn als vorhanden voraus und tritt nur bestimmend hinzu, indem es der Bewegung seiner Glieder nach dem Maaßstabe der Idee des Organismus eine angemessene Bahn bereitet. . ." — Es würde zu weit führen, diese Sätze, die uns Wahres und Falsches, und überdies mehrfache Wiedersprüche zu enthalten scheinen, hier eingehend zu besprechen. Das Wahre darin läßt sich unseres Erachtens in den Satz fassen, daß das Wesen des sittlichen Organismus durch juristische Bestimmungen nicht erschöpft wird, was selbstverständlich, indem das Recht eben nur eine der Formen des Sittlichen ist. Gerber spricht dies mit den nicht ganz präcisen Worten aus: daß die juristische Form den materiellen Inhalt des Organismus

nicht ganz in sich aufnehme. Statt nun aber den Fortschritt von der früheren Schrift, wo noch (S. 21) behauptet wurde, „daß für das Recht gar kein Bedürfniß vorhanden sei, die juristische Natur des Staats im Ganzen zu bestimmen", zu der gegenwärtigen, welche umgekehrt auf dem Bedürfnisse dieser juristischen Bestimmung beruht, an die Lösung des Problems zu knüpfen: welches die juristischen Bestimmungen des staatlichen Organismus seien (oder mit Gerber's Worten: wie weit die juristische Form den materiellen Inhalt des Staats-Organismus in sich aufnehme)? und hienach das Staatsrecht juristisch zu construiren; wirft er sich nunmehr auf den früher (mindestens im juristischen Sinne) perhorrescirten Persönlichkeitsbegriff und geräth damit (oder würde doch bei consequenter Construction aus demselben gerathen) in jene Auffassung, welche er in der früheren Schrift gegen Albrecht und Consorten nur als eine Verpuppung des alten privatrechtlichen Standpunktes geschildert hatte.

Unsere vorstehenden Bemerkungen dürften den Ausspruch rechtfertigen, daß Gerber's neueste Schrift zu jenen unleugbar interessanten Büchern gehöre, die mehr anregen als befriedigen, — anregen allerdings vornehmlich zum Widerspruche. —

Die volle Beherrschung des positiven Materials ist bei einem Manne von Gerber's wissenschaftlicher Stellung eine selbstverstandene Sache. Der Verfasser selbst aber sucht den Zweck und Werth der vorliegenden Schrift nach einer andern Richtung. Nach dieser Richtung allein glaubten wir dieselbe hier in's Auge fassen zu sollen. Hsslr.

Die ethischen Ideen als die waltenden Mächte im Einzel- wie im Staatsleben, nach ihren verschiedenen Beziehungen bearbeitet von Dr. Jos. W. Nahlowsky, o. ö. Professor der Philosophie an der k. k. Universität zu Graz. Leipzig, Louis Pernitzsch. 1865. VI, 98.

Ein aus der vollen Befangenheit der Herbart'schen Philosophie heraus geschriebenes Schriftchen. Die mannigfaltigsten Fragen und Verhältnisse werden über den Model der bekannten fünf ethischen (oder ästhetischen) Ideen gestülpt, und wenn sie sich da oder dort mit demselben nothdürftig decken, so wird der Anspruch erhoben, sie damit philosophisch bestimmt zu haben. Bei der Weite und Dehnbarkeit jener „Ideen" gelingt es natürlich, von den mannigfaltigsten Verhältnissen unter dem Gesichtspunkte der „innern Freiheit", der „Vollkommenheit", der „Billigkeit" ꝛc. irgend etwas auszusagen — und wer gerne tanzt, dem ist nach einem alten Sprichworte leicht aufspielen. Zu welcher Genügsamkeit man es auf diesem Wege bringt, erlauben wir uns durch eine kleine Abhandlung aus dem vorliegenden Schriftchen zu illustriren, welche zwar nicht der staatswissenschaftlichen Partie desselben angehört, die jedoch in ihrer Geschlossenheit und reinlichen Ausführung den Werth eines Kabinetsstückes für diese ganze Art zu „philosophiren" hat. Nach Voransendung der Bemerkung, daß „kein Lebensverhältniß so verwickelt" sei, daß es sich nicht mittelst der praktischen Ideen Herbart's „plan darlegen ließe", setzt der Verfasser (in dem Capitel: Ausgewählte Analysen aus der Tugend-, Pflichten- und Güterlehre S. 40) den Fall:

„Es handle sich darum, jenes grobe Verschulden nachzuweisen, das auf Demjenigen (gleichviel ob es ein Einzelner oder eine Körperschaft wäre) lasten möchte, der da, sei es durch bloße Sorglosigkeit, oder wohl gar in muthwilliger Weise, ein ehrwürdiges Kunstdenkmal der Vergangenheit dem Verfalle preisgeben oder geradezu beschädigen würde;" und dieses Thema wird nun folgendermaßen ausgeführt:

„Daß eine derartige Indolenz und Sorglosigkeit, und in noch ungleich höherem Grade vollends ein Act vandalischer Rohheit, eine arge Versündigung wäre, sagt zwar jedem Feinergebildeten augenblicklich sein Gefühl; allein ein Anderes ist es, den eigentlichen Nerv dieser Versündigung aufzudecken und nachzuweisen, gegen wen eigentlich jener verletzende Streich geführt würde? Das läßt sich von unserem Standpunkte aus ungleich leichter und zugleich überzeugender darthun, als es von dem und jenem anderen Systeme aus möglich wäre."

„Wir fragen vor Allem: an wem würde sich jenes Individuum oder jene Genossenschaft versündigen? An dem Erz oder Gestein? Dies kaum; wohl aber an der Menschheit, und zwar, wenn wir die Sache näher analysiren, an der vorangegangenen, gegenwärtigen und kommenden Generation. Wie so? Darüber können uns lediglich die practischen Ideen genügenden Aufschluß ertheilen." (!)

„Zunächst wäre ein derartiger Böotismus oder gar Vandalismus unverkennbar eine arge Versündigung gegen die Vorfahren, welche jenes Denkmal gestiftet haben, und zwar vom Standpunkte der beiden Ideen des Rechts und der Billigkeit. Im Hinblicke auf die erstere drängt sich uns nämlich, wie von selbst, die Analogie mit einer Erbschaft auf. Es liegt uns demgemäß nahe, das vorangegangene Geschlecht als Erblasser, das plastische oder architektonische, oder allenfalls literarische Denkmal als ein frommes Legat, und den Einzelnen oder die Corporation, denen jenes Werk zunächst übertragen ist, als den Testaments-Executor und Verwalter der Verlassenschafts-Masse zu betrachten."

„Mag es nun der oder jener gewesen sein, welcher jenes Werk aus den Händen der Voreltern empfing; immer war es ihm nur zum Nutzgenuße und mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Clausel übertragen, dasselbe so wohlerhalten als möglich weiter auf seine Nachkommen zu vererben. Läßt er es nun leichtsinniger Weise eingehen, oder vergreift er sich wohl gar direct an demselben; so handelt er eben so rechtswidrig und pflichtvergessen, wie überhaupt jeder Testament-Executor, der irgend eine zur Verlassenschaftsmasse gehörige werthvolle Sache gewissenlos verschleudert, oder dieselbe verkommen und verderben läßt."

„Dergleichen wäre überdies auch noch ein arger Verstoß gegen die Idee der Billigkeit, insofern als sich hierin ein schmählicher Undank verriethe. Wen immer die Vorfahren zum Hüter ihres frommen Vermächtnisses bestellten, dem haben sie vermöge des Vertrauens, das sie ihm damit bezeugten, eine nicht geringe Wohlthat erwiesen; denn sich fremden Vertrauens werth gehalten zu wissen, thut jedem nur einigermaßen zartfühlenden Menschen wohl. Allein eine jede Wohlthat heischt nach der Idee der Billigkeit eine angemessene Vergeltung, und zumal im vorliegenden Falle war eine ganz bestimmte Art der Vergeltung geradezu angezeigt. Das Vertrauen heischt nämlich allemal Rechtfertigung; mit-

hin in unserem Falle ein pietätsvolles Eingehen auf die Intentionen des Erblassers. Sonach aber gestaltet sich auch jede Versündigung an dem Vermächtnisse zu einer solchen an dem Erblasser selber. Wer also ein derartiges Werk zu Grunde gehen läßt, der täuscht das in ihn gesetzte Vertrauen und gibt den Manen der Dahingegangenen für das Wohl, das sie ihm erwiesen, Wehe zurück. Was ist das anders als schnöder unverzeihlicher Undank?!"

„Eben so unverkennbar würde hier auch eine Versündigung sowohl gegen die Mit- als Nachwelt im Spiele sein, und zwar würde dieselbe zunächst das Verwaltungs-, weiter aber auch das Cultur-System betreffen."

„Das Verwaltungssystem wird durch ein muthwilliges oder achtloses Gebahren mit ehrwürdigen Denkmalen der Vergangenheit immer mehr oder minder empfindlich leiden. Solche Werke können ja oft von einem unschätzbaren und unersetzlichen Werthe, sie können sogar wesentliche Träger und Stützen des Wohlstandes eines Volkes sein. Wer sich an ihnen vergreift, schmälert also das Stamm-Capital der Gesellschaft. Malen wir uns im Geiste nur jene Calamität aus, die z. B. Rom oder Florenz, oder Dresden, München treffen würde, wenn es durch einen Krieg oder eine Emeute mit Einemmale aller Kunstschätze beraubt würde! Der Rückschlag auf den Wohlstand dieser Städte wäre niederschmetternd."

„Wie hierdurch auch das Cultursystem getroffen würde, ist nicht schwer zu erkennen. Bedenkt man, welchen befruchtenden Einfluß die Beschäftigung mit der Kunst auf das ganze Geistes- und Gemüthsleben des Menschen übt; so wird man leicht begreifen können, daß, wer die gegenwärtige und mithin auch die künftige Generation eines wichtigen Kunstdenkmals beraubt, hierdurch in unberechenbarer Weise in den Culturfortschritt störend eingreift. Eine Reduction der Culturmittel gestaltet sich ja nothwendig zu einer Beeinträchtigung der Cultur selbst." — —

Zu was nun dienen hier die „Ideen", als um über ein sehr einfaches Thema sehr gespreizt zu reden, und gehen über diese Ideen nicht die einfachsten Gedanken in die Brüche? Und doch ist selbst diese dürftige Dialectik nicht möglich, ohne den Herbart'schen Ideen, so elastisch sie auch sind, die äußerste Gewalt anzuthun. So bedeutet bekanntlich die Rechtsidee nach Herbart: das Mißfallen am Streite; in der vorliegenden „Analyse" aber hat sie diese specifische Bedeutung ganz abgestreift und bildet nur die Brücke zu einer spielenden, nach allen Richtungen unzutreffenden Analogie mit dem Vermächtnisse. Wie schief ist die Anwendung der Billigkeits-Idee (Idee des Lohnes und der Strafe!); wie gezwungen die Hereinziehung der „abgeleiteten Ideen" — des Verwaltungs- und Cultur-Systems. Kann es jedoch anders sein, wenn man die Aufgabe der practischen Philosophie darein setzt, die ganze reiche Welt des Willens unter das karge Schema von fünf und respective zehn abstracten Formeln oder „ethischen Ideen" (keine mehr, keine weniger) zu pferchen? Wahrlich die Gegenwart verlangt nach etwas ganz Anderem; sie will jede Gestalt der geistigen und sittlichen Welt aus ihrem eigensten Grunde und Wesen heraus entwickelt, nicht in das Prokrustesbett fertiger Categorien hineingezwängt haben; sie will die characteristischen Züge aller Lebensformen klar und scharf herausgestellt, nicht aber in nebelnden Allgemeinheiten verschwimmen sehen.

Hier stehen wir nun freilich an einem Punkte, an dem wir Halt machen müssen, um nicht in eine, dem Zwecke dieser Zeitschrift ganz fremdartige Erörterung zu gerathen. Wir haben nicht von der Herbart'schen Philosophie, sondern von dem in der Ueberschrift genannten Schriftchen eines ihrer begeistertsten Anhänger zu sprechen; wir glaubten jedoch erinnern zu müssen, daß dieses Schriftchen nichts anderes ist und sein will, als ein Echo der Schule, zu der es sich bekennt, und daß daher die Mängel desselben weiter als nur auf den Verfasser zurückfallen.

Wenden wir uns nun dem staatsphilosophischen Theile des Schriftchens zu, welcher den zweiten Abschnitt desselben unter der Ueberschrift: Hauptaufgaben der Gesellschaft bildet, so wird zwar in den Eingangsworten versichert, daß man an der Hand der (fünf) abgeleiteten Ideen der Herbart'schen Philosophie „selbst" dahin gelangen könne, sich den idealen Begriff und Zweck der verwickeltsten gesellschaftlichen Form, nämlich des Staates völlig klar zu machen, und es wird auch der Staat sogleich „aus der Höhenperspective jener Ideen" ziemlich breitspurig definirt; allein in der ganzen Erörterung, die sich an diese Definition reiht, finden wir — bis hart am Schlusse — nichts von den Herbart'schen Ideen, und wie gut oder schlecht diese Abhandlung sein mag, so ist so viel gewiß, daß Herbart daran den geringsten Antheil hat. Dies wundert uns um so mehr, als doch die Definition des Staates ganz darauf angelegt ist, die fünf Herbart'schen Systeme unverzüglich in derselben nachzuweisen. Dieselbe lautet nämlich: „Der Staat (seinem Ideale nach erfaßt) ist ein innerhalb bestimmter Landesgrenzen und in bestimmter Form constituirter, durch seine centrale Macht nach Außen und Innen geschützter, gesellschaftlicher Organismus, welcher den Zweck hat, innerhalb seines ganzen Umkreises möglichste Rechtssicherheit, daneben auch eine billige Vertheilung von socialen Vortheilen und Lasten, sodann, auf dieser doppelten Grundlage, materielle Wohlfahrt und allseitige Cultur zu begründen und zu befördern, und durch die letztere schließlich die ideale Vollendung des Ganzen anzubahnen." —

Daß nun die Begriffsmomente dieser Definition ohne irgend welche Bedachtnahme auf die Herbart'schen Ideen (S. 22—33) eingehend erörtert werden, scheint uns auf dem tendentiösen Standpunkte des vorliegenden Schriftchens ein arger lapsus calami, denn es erweckt den Verdacht, daß man auch anders als an Hand jener Ideen dahin gelangen könne, über den Staat zu philosophiren. Und in der That erinnern wir uns, dasjenige, was da über den Staat beigebracht wird, schon bei vielen Schriftstellern gelesen zu haben, die ihren Weg ohne die Herbart'schen Ideen suchten und fanden. Herbartisch ist in dieser ganzen Auseinandersetzung nur die stete Vermengung von Staat und Gesellschaft, welche es denn auch zur präcisen Feststellung keines dieser beiden Begriffe bringen kann. Auch hierin folgen die Schüler kritiklos dem Meister, und wenn man sich erinnert, was Robert von Mohl (Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, 1. Bd., S. 84 fg.) dießfalls über den Letzteren bemerkt, so wird man sagen müssen, daß seine Schüler um keinen Schritt vorwärts gekommen sind. Die Wissenschaft steht aber heute auf einem Punkte, wo sich der Staat nur im scharfen Unterschiede und Gegenhalte zur Gesellschaft bestimmen läßt, und wer diese Begriffe zusammenwirft, der wird selbst mit dem vollen Dutzend von „Begriffsmomenten"

den Staat vergebens zu bestimmen versuchen. — Jene einheitliche Gestalt, welche der Staat ist, kann nur aus einem durchgreifenden Princip heraus entwickelt, aber nicht aus Systemen, deren jedes von einer selbständigen Idee getragen ist, musivisch zusammengesetzt werden. In der „beseelten Gesellschaft" der Herbartianer sind sociale und politische Elemente bunt durcheinandergeworfen. Sie ist darum weder Gesellschaft noch Staat. Aber das Politische ist darin socialisirt, das Sociale politisirt. Gegen diese Verwirrung wäre mit Gneist (s. dessen englische Communal-Verfassung ꝛc., 2. Aufl., 1. Bd., p. X a. Sch.) die herbe Schule ernsten Studiums positiver Staatsgestaltungen zu empfehlen.

Darauf können die Herbartianer nun freilich erwidern, daß sie bloße „Ideale" bieten, und auch die oben mitgetheilte Definition will ausdrücklich den Staat „seinem Ideale nach" fassen. Dieser Idealismus der praktischen Philosophie neben dem gerühmten Realismus der theoretischen gehört bekanntlich zu den fundamentalen Eigenheiten der Herbart'schen Philosophie, und es ist hier nicht der Ort, um diesen Dualismus ihrer Principien (der auch den Ausgangspunkt des gegenwärtigen Schriftchens — s. p. 1 — bildet) näher zu besprechen. Allein es darf aus der hier vorliegenden jüngsten Vernehmlassung derselben neuerlich constatirt werden, wie dieser Idealismus jeder Anknüpfung an die concreten Anliegen, welche die Zeit bewegen, baar ist, wie die Probleme, von deren Lösung die Gestalt der Zukunft zunächst abhängt, in seiner „Höhenperspective" gänzlich verschwinden. Was soll uns aber dieser hoch über allen faßbaren Aufgaben des wirklichen Daseins in blauen Fernen schwebende Idealismus, was soll er uns und jeder Zeit, die eben so wie die unsere stets im spröden Stoffe der Wirklichkeit zu arbeiten berufen ist? Man lese doch die Ausführung auf S. 34—38 des vorliegenden Schriftchens, oder die kürzere Darstellung auf S. 32, wie nach Anleitung der Herbart'schen Ideenlehre in unserem Staatsleben das „Reich Gottes auf Erden" zur Wahrheit werden soll. Diese Ausführungen, ja das ganze Capitel vom Staate wickeln sich ab, ohne daß die schöne Gefühlserhebung auch nur einmal durch die leidige Frage nach den Formen dieses Staatslebens ernüchtert würde, und es bleibt Jedem anzunehmen gestattet, daß dies lichte Staatsbild in jedweden seiner individuellen Prädilection zusagenden Verfassungs-Rahmen eingefügt werden könne.

In dieser Ideenlehre ist nicht das entfernteste Motiv, sich für irgend eine Staatsform mehr als für die andere zu interessiren; sie sind für das Herbart'sche Ideal, und dieses ist für sie völlig indifferent. Es ist lediglich Geschmacksache, ob man das Rechts-, Billigkeits-, Verwaltungs- und Cultur-System China's oder Englands dem Ideale näher glaube.

Bei dieser Facilität in Betreff desjenigen Punktes, welcher doch gemeiniglich den Stein des Anstoßes bildet, ist es wirklich zu wundern, daß sich nicht längst alle Parteien im Tempel des Herbart'schen Staats-Ideals brüderlich die Hände gereicht und sich verbunden haben, unter Abschwörung aller trennenden Partei-Principien, mit bloßer Application der fünf Herbart'schen Glaubensartikel „das Reich Gottes auf Erden" zu stiften.

Wir bezweifeln jedoch, ob das vorliegende Werkchen, trotz aller „das Gefühl packenden Paränesen", die Menschheit diesem idealen Ziele näher bringen werde.

Haelt.

Savigny, das Recht des Besitzes. Siebente, aus dem Nachlasse des Verfassers und durch Zusätze des Herausgebers vermehrte Auflage, von A. F. Rudorff. Wien, Gerold, 1865.

Savigny's classische Monographie, welche den Wendepunkt der modernen Jurisprudenz bezeichnet, noch loben oder anempfehlen wollen, hieße nunmehr Gottlob auch in Oesterreich Wasser in die Donau tragen. Freilich, schon Zeiller sagte in seinem Commentar II S. 89 Note *: „Im römischen Recht wird diese Lehre sehr weitläufig, und doch sehr zerstückt und undeutlich vorgetragen. Erst einige neuere Schriftsteller haben mehr Licht darüber verbreitet, ... vorzüglich Savigny, das Recht des Besitzes." Aber dieses Licht scheint den Verfassern des bürgerlichen Gesetzbuches eben nicht sonderlich hell geleuchtet zu haben, und auch Zeiller findet sich mit dem neuen Licht durch jene schüchterne Adoration in der Note ab: im Gesetzbuch wie in den Commentaren hat das alte Dunkel lange genug fortgeherrscht. Tempora mutantur! Nun wird Heine in Wien gedruckt und Savigny in Wien verlegt! Der ehrenwerthe Verleger der „autorisirten" Uebersetzung der imperialistischen „Vie de Jules César" hat das Verdienst, die siebente Auflage jener königlichen Monographie veranlaßt zu haben: allerdings nicht in einer Weise, die unseren vollen und ungetheilten Beifall zu finden vermöchte. Ganz abgesehen von der unliebsamen Verwandlung der guten deutschen Lettern in lateinische, die wenigstens unserem Auge nicht wohlthun, finden wir weder das Format entsprechend, noch den freigelassenen Bogenrand breit genug. Oder ist darin vielleicht eine feine Huldigung für den omni exceptione majorem unsterblichen Autor zu erblicken? Dennoch möchten wir wähnen, daß auch ein Savigny Randglossen verträgt, eingedenk des Spruches: Non jurare in verba magistri!

Doch von der Form zur Sache, von den Lettern zum Buch! Wenn irgend Jemand zur Herausgabe der neuen Auflage berufen war, so ist es sicherlich Rudorff, der treue Schüler und Freund des dahingeschiedenen Meisters. Rudorff hat denn auch seine Aufgabe gewissenhaft und befriedigend gelöst. Die neuen Zusätze, welche die 7te Auflage selbst für jeden Besitzer älterer Auflagen unentbehrlich machen, sind theils handschriftliche Bemerkungen Savigny's, theils und hauptsächlich Zusätze des Herausgebers, die er, „um durch ihre unverhältnißmäßig größere Zahl und Ausführlichkeit die Harmonie des Werkes nicht zu stören und um zugleich die Ergebnisse der neueren Besitzliteratur zu Einem Ganzen zusammenfassen zu können", passender Weise in einem Anhange am Schlusse des Werkes vereinigt hat. In diesem Anhange liegt das selbständige Verdienst des Herausgebers. Rudorff hat in 183 Nummern (S. 539...727) die ganze neuere so umfangreiche Besitzliteratur kritisch verarbeitet und eine Anzahl treffender und werthvoller Bemerkungen, theils zur Vertheidigung, theils zur Berichtigung der Savigny'schen Lehre, geliefert, wodurch wir nicht nur ein übersichtliches Bild über den gegenwärtigen status causae et controversiae erlangen, sondern auch dankenswerthe Winke und Andeutungen für die Entscheidung der schwierigeren Fragen empfangen.

So möge denn das epochemachende Buch in dieser neuen Gestalt von Neuem seinen Triumphzug antreten und recht bald eine neue Auflage erleben! U.

Entscheidungen des Tribunals zu Celle, mitgetheilt von den Anwälten. VI. Jahrgang, 1865.

Diese aus 217 Nummern bestehende Sammlung von civilrechtlichen und civilproceßualischen Entscheidungen empfiehlt sich durch die Mannigfaltigkeit der Fälle und durch die Klarheit der Darstellung. U.

Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechtes, von Otto Stobbe. Braunschweig, C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn) 1865. 186 S.

Außer einigen literar-historischen Notizen zu den Ausgaben der Volksrechte von Tilius, Lindenbrog, Pithoeus und Goldast's Sammlung der Reichsgesetze, ferner einer Reihe von Magdeburgischen, Leipziger, Lübischen Schöffenurtheilen und einem hanseatischen Recesse vom Jahre 1419 bestehen diese Beiträge aus drei Aufsätzen. Von diesen handelt der erste über die Aufhebung der väterlichen Gewalt nach dem Rechte des Mittelalters. Das Ergebniß ist, daß die väterliche Gewalt für die Töchter mit ihrer Verheiratung, für die Söhne mit dem gesonderten Hausbalte, also auch für diese regelmäßig mit der Verheiratung endete. Der zweite Aufsatz beschäftigt sich mit Leibrenten im 13ten und 14ten Jahrhundert und bemerkt der Verfasser hierzu, daß die Resultate dieser 1863 geschriebenen Abhandlung bereits Herr Dr. M. Neumann, welchem er die Benützung gestattete, in seinem Buche „Geschichte des Wuchers in Deutschland" mitgetheilt habe. Der dritte Aufsatz endlich hat die Erbfolge-Ordnung nach den Magdeburger Schöffensprüchen zum Gegenstand, und hiezu erlaubt sich Referent die Bemerkung, daß seine Resultate ebenfalls bereits früher, und zwar vom Herrn Professor Siegel, in dem Literaturblatte dieser Zeitschrift, Bd. 6, S. 22 fg., mitgetheilt worden sind.

Lehrbuch des Kirchenrechtes, mit Berücksichtigung der auf die kirchlichen Verhältnisse Bezug nehmenden österreichischen Gesetze und Verordnungen, von Theodor Pachmann, der Rechte Doctor und ord. öffentl. Professor derselben an der k. k. Universität zu Wien, I. und II. Band. Dritte, ganz umgearbeitete Auflage. Wien, 1863—65. Wilhelm Braumüller, k. k. Hofbuchhändler.

In der Erwartung, es werde den zwei ersten Bänden der dritten Auflage des bezogenen Werkes bald der dritte, und somit der Schlußband folgen, verschoben wir die Recension desselben in diesen Blättern.

Nun aber, da der dritte Band länger auf sich warten läßt, so wollen wir die zwei ersten ein wenig hiemit besprechen. — Der geehrte Verfasser sagt mit Recht von dieser dritten Auflage, dieselbe sei ganz umgearbeitet, denn in der That, wenn man selbe mit der ersten vergleicht, so hat es den Anschein, als hätte der Verfasser ein ganz neues Kirchenrecht geschrieben. Die Eintheilung der Hauptstücke und Paragraphe, die Anordnung des Stoffes, die Behandlung des Gegenstandes, die Rechtsansichten, ja selbst der Styl ist anders, als es in früheren

Auflagen war; — und wir tragen kein Bedenken, es auszusprechen, daß dieß zum Vortheile des Buches geschah.

In seinem Vorworte motivirt der Verfasser die vorgenommene Umarbeitung seines Werkes dadurch, daß seit dem Erscheinen der früheren Auflagen auf dem kirchenrechtlichen Gebiete besonders in Oesterreich sich Vieles geändert habe, und wir pflichten dem geehrten Verfasser bei, daß es bei den wiederholten Schwankungen des Staatslebens in Oesterreich, welche von verschiedenem Geiste getragene Paragraphe mit rascher Abwechslung schaffen und abschaffen, ein Kirchenrecht nicht nur in Bezug auf die Verwaltungslehre, sondern überhaupt, selbst nur auf ein Decennium zu schreiben, ohne bald antiquirt zu werden, höchst schwierig geworden sei.

Die Einleitung, welche in der ersten Auflage neun Hauptstücke bildete, wurde in zwei Hauptstücke getheilt, und enthält allgemeine, juristische und kirchenrechtliche Vorbegriffe; nach welcher der Verfasser, von der Kirchenverfassung beginnend, die Abstufungen der Kirchenämter verhandelt, und mit den kirchlichen Orden den ersten Theil seines Werkes beschließt. Den zweiten Theil bildet die Abhandlung über die Kirchenverwaltung, und zwar die Verwaltung der Kirchenämter, die Verwaltung des kirchlichen Erziehungswesens, der kirchlichen Disciplin durch die Kirchenversammlungen; alles dieses scheint dem Herrn Verfasser etwas Kirchlich-Materielles zu sein, denn in dem darauffolgenden Buche spricht er vom Kirchlich-Spirituellen, das ist von der Verwaltung der christlichen Lehre, der Ministerialgewalt durch die Verwaltung der Sakramente und der Sakramentalien.

Es gefiel dem hochverehrten Herrn Verfasser, diese Eintheilung zu wählen, und da selbe, wenige Einschiebungen abgerechnet, so ziemlich organisch zusammengehört und musterhaft durchgeführt ist, so kann um so weniger Jemand sich über diese Wahl aufhalten, je mehr ähnliche Freiheit ein jeder Verfasser für sich in Anspruch nimmt. — Da wir aber schon bei der Form dieses rühmlich anerkannten Werkes sind: so wird es uns erlaubt sein, die Bemerkung zu machen, daß, so angenehm es uns auch war, statt der langen und vielmal fortgesetzten Paragraphen der ersten Auflagen hier mehr abgerundete Abschnitte zu finden, so wäre doch wünschenswerth gewesen, wenn in diesem Werke, welches zunächst für die studirende academische Jugend berechnet ist, in den Paragraphen die oft divergirenden Punkte mit numerischer Specification dem Gedächtnisse leichter gemacht worden wären, statt der oft selbst dem einfachen Leser schwer fallenden Forterzählung vieler zusammengeschmolzener adiaphoren Sätze und Punkte. Das lateinische Sprichwort sagt „tantum scimus, quantum memoria tenemus“, aber das Memoriren ist schwer, weil es Fixirung der Punkte erfordert, darum soll das Geschäft besonders unserer Schuljugend erleichtert werden, welche in Folge des ephemeren Characters des herrschenden Lehrsystems die Vorrathskammer des Wissens, das Gedächtniß gehörig auszubilden, nicht verhalten wird. Eben dasselbe dürften wir noch bemerken über die zu abstracte oder prägnante Schreibart.

Was die wissenschaftliche Eigenschaft und den Geist des Werkes betrifft: zollen wir in beider Beziehung dem hochgelehrten, hochzuverehrenden Verfasser die volle Achtung. Als gediegener Veteran der juridischen und insbesonders der canonischen Wissenschaft, als ein Mann von erprobtem und festem Character, behandelt

er seinen Gegenstand mit Sicherheit und großer Objectivität, und erweist sich in der alten und neuesten kirchenrechtlichen Literatur gut bewandert; seine subjectiven Anmerkungen macht er mit scharfer und unparteiischer Kritik, der Kern seiner Bemerkungen, seiner Beweisführung ist stets gesund, selbst dann, wenn selbe ganz individueller Natur sind. Seine Citate, welche die reiche einschlagende Literatur, und die unabweisbare, weil allgemein herrschende wissenschaftliche Schreibart erfordert, sind im Allgemeinen genau und gut gewählt; und der Standpunkt, dem er durchgehends treu bleibt, ist der des katholischen und kirchlichen Bewußtseins, ohne die Objectivität des gegebenen Gegenstandes aus den Augen zu lassen. Diese Eigenschaft seines gediegenen Werkes unterschätzen wir am wenigsten, vielmehr setzen wir darin, wie der Herr Verfasser auf selbe mit Recht sehr viel hält, den höchsten Werth. Das Werk hat die gehörige Färbung. Wohl erntet ein Verfasser wegen einer solchen Richtung in unseren Tagen wenig Dank, wo die Toleranz der Ideen auch auf dem schrankenlosen Felde der liberalen Wissenschaft höchst relativer Natur geworden, allein Ehre dem Manne gerade unter solchen Verhältnissen, der mit offenem Visir seine Ueberzeugung zu bekennen, und mit der Waffe der schlichten Wahrheit gegen den überschwenglichen Apparat der Floskeln-Geschoße anzukämpfen den Muth hat. Wenn nun der hochverehrte Verfasser aus dem Grunde, seinem Werke auch bei den gegen die kirchlichen Institutionen Befangenen Eingang zu verschaffen, sich zuweilen derart objectiv zu verhalten strebt, daß er bis an den extremen Rand der entgegengesetzten subjectiven Anschauung geräth: so entschuldigen wir ihn gerne, denn er opfert dadurch noch nichts von seinem Character, den Alle kennen und Alle verehren. Wir wollen ähnliche, meistens in den kleinen Anmerkungen kurz hingeworfene Fälle nicht alle anführen, obschon sie nicht so häufig sind, aber der §. 252 des zweiten Bandes ist unstreitig ein solcher Fall; dieser Paragraph ist zwar schon eine Verbesserung des §. 345 und ff. der ersten Auflage seines Werkes, welcher über die Ehegesetzgebung handelt, allein es zeigt sich offenbar, wie schwer dem hochgeehrten Verfasser es fiel, seine ursprüngliche Ansicht dahin zu modificiren, daß trennende, das ist das Sacramentale in der Ehe betreffende Hindernisse aufzustellen nur die Kirche, als Spenderin der Sakramente, berechtigt sei. — Die angestrengte historische Beweisführung des bezogenen §. 252 hat einen etwas bitteren Beigeschmack, und die darin vermeinte Schwierigkeit gründlicher betrachtet, würde leicht schwinden. Das Rechtsbewußtsein der Kirche über diese Frage war stets so erkennbar, daß dasselbe nicht leicht dadurch bezweifelt werden kann, daß die Kirche den hin und wieder auftauchenden entgegengesetzten civillegislatorischen Bestrebungen gegenüber sich nur abwehrend verhielt, denn diese scharf ausgeprägte Abwehrung und kraftvolle Wahrung ihrer Rechte spricht deutlich ihre Ueberzeugung aus, welche auch ohne eine positive dogmatische Definition von einem Katholiken festgehalten werden soll; um so mehr, da selbst die Protestanten bei objectiver Anschauung den Sinn des hieher einschlägigen Satzes des Tridentinums (Sess. 24 de matrim. 4) nicht anders verstehen (vergl. Richter's Kirchenrecht, 4. Aufl., §. 250).

Zu jenen Paragraphen, die bei der sonstigen Reichhaltigkeit und Gründlichkeit dieser sehr lobenswerthen Auflage uns nicht genaue Aufklärung gaben, gehört vorzugsweise der §. 159 des I. Bandes, worin von der Ordensprofeß ge-

handelt wird, in einer Weise, welche den in unseren Tagen besonders von hoher Wichtigkeit getragenen Unterschied zwischen der einfachen und feierlichen Profeß nicht erwähnt. Wahrscheinlich blieben dem Herrn Verfasser jene Verlegenheiten unbekannt, welche die Nichtbeachtung der päpstlichen Constitution vom 19. März 1857 so manchen religiösen Ordensvorständen in Oesterreich verursacht hat, sonst hätte er gewiß eher diese Frage, als jene von der Professio tacita, die von minderer Bedeutung ist, besprochen.

Das jüngste zwischen dem heil. Stuhle und dem Kaiser von Oesterreich abgeschlossene Concordat bildet ein hervorragendes Thema des fleißigen Studiums und tief eingehender Analyse des hochgeehrten Herrn Verfassers nicht minder, als die Anweisung für die geistlichen Ehegerichte; und wir fanden seine dießbezüglichen freisinnigen Bemerkungen oft etwas scharf, doch öfters treffend.

Ueberhaupt kennzeichnet sich diese ganz umgearbeitete Auflage des Pachmann'schen Kirchenrechtes durch mehr Klarheit, Gründlichkeit und durch ein gediegenes, rastloses Studium dieser Wissenschaft, welche der hochgeehrte Verfasser mit jugendlicher Muse betreibt; er beweist eine große Gewandtheit auf dem dogmatischen, historischen und rechtswissenschaftlichen Felde; er macht sein Werk selbständig dadurch, daß er, dem oft unnützen Conglomerate der prahlerischen Citate aus dem Wege gehend, seine eigenen kerngesunden Reflexionen oder Erläuterungen seinen Paragraphen beifügt, und weder mit den puristischen Juristen, noch mit den weitläufigen Historikern, noch aber mit jenen über alle Maaßen dogmatisirenden Kirchenrechtslehrern gleiche Methode befolgt, die entweder alles Historische und Dogmatische von dem Kirchenrechte ausscheiden, oder zu viel dieser Wissenschaften in das Kirchenrecht aufnehmen; unser hochverehrter kirchenrechtlicher Veteran befolgt den goldenen Mittel-Weg, und ist sein Werk durchgehends instructiv.

Wir sehen mit Vergnügen dem baldigen Erscheinen des Schlußbandes entgegen, und wünschen dem hochgeehrten Verfasser vom Herzen eine freudige Muse dazu.

Die Ausstattung der Auflage ist schön, wie es von Braumüller zu erwarten war; der Druck ist correct bis auf die lateinischen Citate; der erste Band umfaßt 455, der zweite 532 Seiten.

Der Beweis durch Eide im Civilprocesse, nach allgemeinen Grundsätzen der Beweistheorie mit Erläuterungen der dießfälligen Bestimmungen der Gerichtsordnungen Oesterreichs dargestellt von Dr. Max Eduard Füger v. Rechtborn. Wien 1865. 8°. 170 S.

Daß Theorie und Praxis nicht der Ausdruck principieller Gegensätze sind und nur die Unterschiede der Form bezeichnen, in welcher verschiedenen Berufszweigen angehörige Männer die Resultate ihrer Forschungen zu verarbeiten pflegen, darüber ist man — in der Theorie — einig. Doch wie sieht es in der Praxis aus, — oder fragen wir vielmehr, wie handeln die Männer der Praxis? Folgen sie der literarischen Bewegung? Sammeln und verarbeiten sie die Erfah-

rungen, welche das tägliche Leben ihnen aufdrängt, im Dienste der Wissenschaft? Hüten und nähren sie die reinigende Flamme der Begeisterung für das Recht?

Um nicht zu weit von dem nächsten Ziele abzuirren, wollen wir die Beantwortung dieser Fragen — den Buchhändlern und Verlegern überlassen; für die Beurtheilung des vorliegenden Schriftchens schien es uns aber nicht unpassend, auch auf diesen Gesichtspunkt hinzuweisen, unsere Leser mögen dann selbst entscheiden, ob der äußerst fleißige Verfasser den richtigen Weg einschlug, oder ob seine Mühe eine verschwendete war

An die Verwendung des Eides für die Zwecke des gerichtlichen Verfahrens knüpfen sich viele geistige Kämpfe, welche seit dem Auftreten des Christenthums bis zur jüngsten Vergangenheit mit heftiger Leidenschaft geführt wurden. Die Frage über die Zulässigkeit des Eides spielte im Sectenwesen eine große Rolle. In den wechselnden Eidesformen findet man Beiträge sowohl zur Rechtsgeschichte, als auch zur Religions- und Culturgeschichte, und so sehr auch die modernen Gesetzgebungen bemüht sind, von allen confessionellen Unterschieden abzusehen und solche Formen anzunehmen, welche blos den Monotheismus voraussetzen, so ist es ihnen doch nicht gelungen, alle Verschiedenheiten der Auffassung zu verwischen. Wenn der Eine die wichtigste Bekräftigung darin erblickt, daß er Gott zum Zeugen und Rächer der Wahrheit anruft, während der Andere in den Worten „So wahr mir Gott helfe" seine Hoffnung auf die göttliche Gnade als Prüfstein seiner Wahrhaftigkeit aufstellt, und der Dritte mit dem Ausdrucke „Ich schwöre zu Gott" bezeugt, daß der Glaube an Gott während der Aussage seine Seele erfülle, um dadurch die Zumuthung einer Unwahrheit auszuschließen — so prägen sich hierin gewiß ziemlich verschiedene Richtungen des Geistes aus. Das Gebiet der Betrachtungen, welche man an den Eid als religiöse Handlung knüpfen kann, erweitert sich noch ungemein, wenn man auf das alte Testament und auf das Heidenthum zurückgeht und nachforscht, welchem geistigen Gute gegenüber die Menschen zu verschiedenen Zeiten die Unwahrheit als den unerträglichsten Gegensatz behandelten.

Kaum geringer ist das Feld der Forschung, wenn man Untersuchungen über den Eid als Proceßmittel anstellen will. Zwischen dem Eide, welcher vor dem praetor in jure über den Bestand von Rechtsverhältnissen abgelegt wurde und den Eidhelfern des deutschen Rechtes, welche den Glauben an die Wahrhaftigkeit und die Rechtschaffenheit ihres Genossen eidlich bekräftigten, dann dem neuesten englischen Rechte, welches die Proceßparteien gleich Zeugen unter Eid vernehmen läßt, liegt eine Fülle legislatorischer Versuche. Dieselben erhalten ihre Richtung theils durch die Verschiedenheit der Auffassung des Eides als Beweis-Surrogat und als Beweismittel, theils aber auch durch die Principien, auf welchen der Bau einer bestimmten Civilproceßordnung beruht. Der Einfluß, welchen die Untersuchungsmaxime auf die Verwendung des Eides de ignorantia im preußischen Processe ausübt, ließe sich leicht nachweisen; eben so auffällig ist der Zusammenhang zwischen dem Principe der freien Beweiswürdigung und der Behandlung, welche der Schiedseid im französischen Processe erfährt.

Die wichtigsten aus der Auffassung des Eides selbst entspringenden Streitfragen knüpfen sich aber an die Gestaltung des Glaubenseides. Handelt es sich blos darum, die Bedingungen festzusetzen, unter denen ein Uebereinkommen der

Parteien über den Schiedseid zu Stande kömmt, oder unter denen jede Partei ihren Gegner zwingen kann, ein derartiges Uebereinkommen zu schließen, so wie man einst die Regeln des gerichtlichen Zweikampfes feststellte; oder soll man den Eid als Zwangsmittel zur Förderung materieller Wahrheit benützen und den Parteieneid nach denselben Gesichtspunkten behandeln, welche für die Zeugenpflicht und für die Editionspflicht entscheidend sind?

Hiemit im engsten Zusammenhange steht die der Proceßpolitik angehörende Frage, ob und wie auf die Verminderung der Eide hinzuwirken sei? — wobei man entweder von der Besorgniß, daß die Meineide zunehmen, ausgehen, oder sich auf den Standpunkt des canonischen Rechtes stellen kann, nach welchem die Eide nicht zu verbieten, aber auch nicht zu fördern sind, denn: „Non est contra praeceptum juratio, quae a malo est non jurantis, sed incredulitatis ejus, cui jurare cogitur" (c. 2. Causa 22. q. 1.).

Alle diese Fragen wurden durch die Debatten der zu Hannover tagenden Bundescommission neuerlich angeregt, und dem österreichischen Publicum insbesondere durch einen in der allg. österr. Gerichts-Zeitung erschienenen Aufsatz von Dr. Mayen nahegelegt; man sollte daher meinen, daß eine neue Schrift über den Eid im Civilproceße sich nur auf dem durch diese Fragen bezeichneten Gebiete bewegen könne; worin sollte auch der Zweck literarischer Thätigkeit bestehen, als darin, sich an den angeregten Forschungen zu betheiligen oder neue Fragen aufzuwerfen?

Der Inhalt der vorliegenden Broschüre entspricht dieser Voraussetzung nicht. Der Verfasser hat es für gut befunden, statt die positive Gesetzgebung vom Standpunkte der Wissenschaft und der Erfahrung zu beleuchten — den Eid a priori zu behandeln. In diese etwas überraschende Form gießt er das Materiale, welches Pratobevera, Rizy, Haimerl und A. lieferten; mit Beziehung auf das vorangestellte Motto: „Multum aliis tribuo — Aliquid et mihi vindico" muß man sagen, daß die Art der Behandlung wesentlich sein Eigen ist. Es fehlt übrigens nicht an polemisirenden, kritischen und exegetischen Bemerkungen; so wird z. B. behauptet, daß der zurückgeschobene Eid in Oesterreich als Glaubenseid abgelegt werden könne, — weil auch der irreferible Eid zugelassen wird, der zurückgeschobene Glaubenseid sei aber das minus des unzurückschiebbaren Eides (S. 30).

Die Argumention, welche sichtlich durch die stille Freude gehoben ist, daß die „humane" einheimische Proceßgesetzgebung im Ganzen mit dem übereinstimme, was der Verfasser ex abstracto gefunden zu haben glaubt, gleicht einem rollenden Rade, das durch einen Stab nach rechts und links getrieben werden kann. Bald ist es die Rücksicht auf den Beweisführer — der häufig mit dem Kläger verwechselt wird —, bald die Sorge für seinen Gegner, die als äußere Motoren Verwendung finden, und jedesmal durch das Gewicht möglicher Betrügereien verstärkt werden.

Es scheint dem Verfasser völlig fremd zu sein, daß der Eid nicht blos als Beweismittel in Betracht komme, die Bedenken gegen den Eigeneid bilden demnach auch den Ausgangspunkt für seine Untersuchungen. Zur Characterisirung derselben diene Folgendes.

Zuerst wird das Bedenken aufgeworfen, daß Religion und Strafgesetzgebung unzureichend seien, um gegen Meineide zu sichern, hierauf folgt die Bemerkung, daß viele Ansprüche auf einem Rechtsgrunde beruhen, welcher weder durch Urkunden, noch durch Zeugen bewiesen werden kann, und hieran unmittelbar schließt sich die Folgerung: „so mußte die Gesetzgebung, damit die Parteien denn doch in die Lage kommen, in Ermanglung aller Beweismittel ihre gerechten Forderungen geltend zu machen, einen Nothbehelf zulassen und den Eid gleichfalls unter die Beweisesarten aufnehmen" (S. 2).

Der Erfüllungseid wird damit gerechtfertigt: „Da jedoch in vielen Fällen die Parteien gegründete Ansprüche haben, über welche der Gegner zum Eide nicht zugelassen werden könnte, welche sonach in Ermanglung anderer Beweisarten verloren gehen würden, wenn die Partei den Eigeneid nicht abschwören dürfte, so ist es wohl in der Billigkeit gegründet, daß mitunter auch der Eigeneid zugelassen werde" (S. 110). „Der einzige Unterschied" — zwischen Haupteid und Erfüllungseid — „liegt nur darin, daß der Haupteid zuerst dem Gegner zugeschoben werden muß, während der Erfüllungseid sich als Eigeneid ohne vorläufige Zuschiebung darstellt" (S. 113). Es wird dann die Forderung aufgestellt, es sei: „dem Beweisführer freizustellen, den ihm von Amtswegen aufgetragenen Eid seinem Gegner zuzuschieben" (S. 116). Das Gleiche wird auch vom Schätzungseide behauptet: „denn das Befugniß, den Schätzungseid zu leisten, ist ein Vorrecht, auf welches manche gewissenhafte Kläger gerne verzichten, und die Beeidigung des Werthes dem Gegner überlassen möchten" (S. 134).

Nach diesen Proben glauben wir uns folgende Bemerkungen erlauben zu dürfen. Der Verfasser ist ein Mann der Praxis, es scheint ihm eine langjährige, an vielen Orten und unter mannigfachen Verhältnissen gesammelte Erfahrung zu Gebote zu stehen; wäre es nicht vielleicht eine dankenswerthere Aufgabe gewesen, die ihm bekannt gewordenen Richtersprüche über den Eid oder auch nur die veröffentlichten Entscheidungen des obersten Gerichtshofes zum Gegenstande seiner Arbeit zu wählen und die herrschende Gerichtspraxis darzustellen? Sollte der Verfasser nicht meinen, auf diesem Wege besser Andern zum Nutzen und sich zur Freude wirken zu können? Dr. Ph. R. v. Harrasowsky.

Das Ausgleichsverfahren in Oesterreich, erläutert von Dr. Karl Reich, k. k. Notar in Wien. 1865, bei Friedrich Manz.

In Folge der großen geschäftlichen Krisis der Jahre 1858 und 1859 und des Drängens der bedeutendsten Creditinstitute wurde Oesterreich am 18. Mai 1859 mit dem Danaer-Geschenke des Ausgleichsverfahrens beglückt. Es ist bekannt, wie dieses in aller Eile erlassene, zur bestehenden Legislation in keiner Weise passende Gesetz, eine für den Credit, für Handel und Industrie verderbliche Rolle spielte. Die wiederholt hervorgehobenen Uebelstände und Gebrechen dieses Gesetzes, der harte Tadel, den es allseitig erfuhr, der auf Grundlage desselben in's Unglaubliche getriebene Schwindel veranlaßte die Regierung schon im Dezember des Jahres 1859, dasselbe von einer Commission revidiren zu lassen, deren Resultate sie als einen neuen Gesetzentwurf dem Hause der Ab-

[illegible]

[illegible] 14, daß der am Tage der Einleitung des Ausgleichsverfahrens, [illegible] Stunde, als dasselbe eröffnet wurde, [illegible] nicht aufgehoben werde, da nach dem Geiste und der Absicht des Gesetzes nicht angenommen werden kann, daß es der Willkür des Schuldners überlassen bleiben soll, einen wider ihn vollzogenen Arrest dadurch zu beseitigen, daß er das Ausgleichsverfahren einleiten läßt. Im Resultate einverstanden, möchten wir diese Anschauung aus dem Wortlaute des Gesetzes selbst motiviren. Danach wirkt nämlich die Einleitung des Ausgleichsverfahrens von demjenigen Tage, an welchem die betreffende Kundmachung am Gerichtshause an-

geschlagen wurde (§. 16). Das eingeleitete Ausgleichsverfahren sistirt alle gerichtlichen Verhandlungen wider den Schuldner, nur der an dem Tage des Ausgleichsverfahrens „bereits vorgenommene" Personalarrest kann fortgesetzt werden (§. 14). Wenn daher das Ausgleichsverfahren des Morgens eingeleitet, während der Schuldner erst Nachmittags inhaftirt wird, so bleibt der Arrest aufrecht, weil das Ausgleichsverfahren vom Tage, nicht von der Stunde seiner Eröffnung wirkt, und es gewiß ist, daß an jenem Tage der Personalarrest „bereits vorgenommen" war.

Wenn angemeldete Forderungen nach §. 38 des Gesetzes rechtzeitig zurückgezogen werden, so erscheint die Verjährung vom Tage der Einleitung des Ausgleichsverfahrens nicht vom Tage der Einbringung der Anmeldung bis zum Tage ihrer Zurückziehung gehemmt. Diese Behauptung des Verfassers widerstreitet dem Wortlaute des §. 15. des Gesetzes.

Nach §. 17. hat der Ausschuß der Gläubiger vollkommen freie Wahl in der Verwaltung des Massevermögens. Eine Ingerenz des Gerichtes auf die Verwaltungsmaßregeln findet nicht statt, ja das Gericht hat selbst bei der schließlichen Prüfung des Verfahrens in keiner Weise hierauf zurückzukommen. Dem Gläubigerausschusse allein steht es zu, zu bestimmen, wie das Vermögen zu verwalten sei, wo und unter welchen Vorsichten dasselbe aufbewahrt werden soll. Hiebei bietet das Gesetz nur in Einem Falle seine Hilfe an — ohne dieselbe jedoch irgendwie aufzudringen. Es gestattet nämlich, daß Kostbarkeiten, Werthpapiere und das vorhandene bare Geld gerichtlich erlegt werden („können gerichtlich erlegt werden"). Die Verwaltung braucht aber hierauf keineswegs zu reflectiren, sie ist befugt, das Vermögen bei wem immer zu deponiren. „Der Gerichtscommissär hat im Vereine mit dem Ausschusse der Gläubiger oder dem Vermögensverwalter für die Verwahrung des Vermögens unter eigener Dafürhaftung gehörig zu sorgen" (§. 17). Wir sehen daher nicht ein, warum das Massevermögen nicht auch bei einem Ausschußmitgliede oder bei einer Privatbank aufbewahrt werden könnte — was der Verfasser leugnet (S. 53). Auch meinen wir, daß selbst dann, wenn die Verwahrung des Massevermögens dem Notar überlassen wird, der Gläubigerausschuß dafür haftet, weil das Gesetz diese Haftung ganz allgemein ausspricht und für diesen Fall keine Ausnahme festsetzt. Daß der Staatsschatz hiefür nicht haftet, ist natürlich, weil es nicht in der ämtlichen Eigenschaft des Gerichtscommissärs liegt, das Massevermögen bei sich aufzubewahren.

Der §. 22. des Gesetzes verordnet, daß der Gerichtscommissär, im Falle „der Gläubigerausschuß wahrnimmt, daß ein Ausgleich nicht bewerkstelliget werden kann, sogleich dem Gerichte zur Einleitung der förmlichen Concursverhandlung die Anzeige zu machen habe". Hieran knüpft der Verfasser die Bemerkung, daß das Gericht die beantragte Concurseröffnung verweigern und den Notar zu weiteren Erhebungen und zur Fortführung des Ausgleichsverfahrens beauftragen könne, wogegen sowohl dem Ausschusse als dem Schuldner der Rechtszug an die höheren Instanzen zustehen soll. Wir sind nicht der Ansicht, daß das Gericht dem Antrage des Gläubigerausschusses entgegen die Fortsetzung des Ausgleichsverfahrens beschließen kann. Wir glauben, daß es einzig und allein den Gläubigern überlassen ist, durch ihren Ausschuß die Wahrscheinlichkeit eines Ausgleiches zu

berathen. Kommt letzterer zu dem Schlusse, daß nach seinen Wahrnehmungen der Zweck des Ausgleichsverfahrens nicht zu erreichen ist, so ist über die bezügliche Anzeige des Gerichtscommissärs ohneweiters der Concurs zu eröffnen. Das Gericht hat nicht zu untersuchen, ob die gemachten Wahrnehmungen richtig sind oder nicht, da es ihm nur obliegt, das Verfahren in Bezug auf die Formen der Verhandlung zu prüfen (§. 33), ohne sich auf den Inhalt der im Laufe des Verfahrens von Seite der Berechtigten gefaßten Beschlüsse und deren Richtigkeit einlassen zu dürfen. Ein Gericht, welches trotz des Beschlusses des Gläubigerausschusses die Fortsetzung des Ausgleichsverfahrens verordnet, müßte aber die Richtigkeit desselben prüfen. Hiezu kommt noch, daß nach Inhalt des §. 22. nicht der Gläubigerausschuß es ist, welcher von dem Gerichte die Einleitung des Concursverfahrens verlangt, sondern daß der Gerichtscommissär den Willen des Gläubigerausschusses dem Gerichte in Form einer Anzeige zur Kenntniß bringt, und daß dieser Bericht nicht darum erstattet wird, damit das Gericht über das Eine oder andere Verfahren entscheide, sondern sofort über das Vermögen des Schuldners den Concurs verhänge (.... „so hat der Gerichtscommissär sogleich dem Gerichte zur Einleitung der förmlichen Concursverhandlung die Anzeige zu erstatten").

Was die Liquidirung der angemeldeten Forderungen anbelangt, so erscheint nach dem Wortlaute des §. 25. des Gesetzes der Gläubigerausschuß allein hiezu berechtiget. Diese Entscheidung soll jedoch auf einer „unter der Leitung des Gerichtscommissärs" vorgenommenen genauen Prüfung und Beurtheilung der Forderungen beruhen. Hieraus folgt, das der Gläubigerausschuß alle jene Forderungen auch „bei der Ausgleichung" als richtig anerkennen soll, welche nach den vorliegenden Beweisen dem Rechte und Gesetze gemäß nicht bezweifelt werden können. Damit die Creditorenausschüsse unschwer zur richtigen Erkenntniß hierüber kommen, steht ihnen der rechtsverständige Gerichtscommissär zur Seite, unter dessen Leitung die Entscheidung zu erfolgen hat. In dem Sinne des Gesetzes ist es demnach gewiß nicht gelegen, daß der Gläubigerausschuß auch Forderungen zurückweisen könne, „welche sich auf vollkommen rechtskräftige, in allen Instanzen bestätigte Zahlungserkenntnisse oder gerichtliche Vergleiche gründen" (S. 78). Leider ist dieß in einem von mir in der Notariats-Zeitung vom Jahre 1864, Nr. 14, mitgetheilten Rechtsfalle wirklich geschehen. Gewähren denn rechtskräftige Urtheile und gerichtliche Vergleiche nicht ein unanfechtbares Recht? Wie, der Richter bewilliget zur Hereinbringung der ihnen zu Grunde liegenden Forderunng die Execution, und der Gläubigerausschuß im Ausgleichsverfahren soll die Rechtsbeständigkeit derselben bestreiten dürfen? Der Mann, welcher alle Qualen unseres Proceßverfahrens erdulden mußte, um endlich sein Recht anerkannt zu sehen, soll gezwungen werden können, den Streit von Neuem zu beginnen? Wenn der Gläubigerausschuß will, wandert sein Geld in's Depositenamt, woher er es nur nach einem neuerlichen Processe, dessen Ausgang wohl Niemand bezweifeln kann, wieder erhält. Ist es also nicht Chikane, wenn der Gläubigerausschuß solche Forderungen nicht für liquid hält, — und das sollte wirklich ein Gesetz zulassen? Wir können es nicht glauben. Die Consequenz dieser Annahme wäre, daß der Gläubigerausschuß ganz nach seinem Belieben factisch existirende Majoritäten gegen den zu proponirenden Ausgleich durch die Verweigerung der Anerkennung ange-

meldeter Forderungen unschädlich machen könnte, da Gläubiger, deren Forderungen nicht liquidirt werden, bei der Ausgleichsverhandlung auch nicht mitstimmen dürfen (§. 30 lit. a). Wir haben unsere Bedenken gegen die wörtliche Auslegung des §. 25 bereits in der Zeitschrift für das österreichische Notariat vom Jahre 1864, Nr. 14, ausgesprochen, und müssen sie trotz der Gegenbemerkungen in Nr. 16 derselben Zeitung aufrecht erhalten. Man kann nicht sagen, die Möglichkeit eines Mißbrauches sei kein Argument gegen die Bestimmung des Gesetzes, weil in der Zurückweisung bewiesener Forderungen selbst ein Mißbrauch der Rechte des Gläubigerausschusses liegt. Man kann aber auch nicht einwenden, daß nach unserer Anschauung der Gläubigerausschuß oft Ansprüche an die Masse liquidiren müßte, die für sich keinen anderen Grund haben, als den, daß der Schuldner es für angemessen fand, sich verurtheilen zu lassen, denn einmal trifft jener Einwurf nicht die richterlichen Erkenntnisse in Folge eines durchgeführten Processes, und dann bilden doch jene in Folge eines Geständnisses oder über Ausbleiben erflossenen Urtheile die Grundlage der nach Aufhebung des Ausgleichsverfahrens anzustrengenden Klage wider den Gläubigerausschuß mit der sicheren Aussicht jener Entscheidung, welche über die erste Klage erging. Was also wird durch die Zurückweisung solcher Forderungen vom Ausgleichsverfahren erreicht? Nicht etwa das Wegfallen derselben aus der Masse, sondern nur die Ausschließung der betreffenden Gläubiger vom Stimmrechte, was mit Rücksicht auf die anerkannte Rechtsbeständigkeit der Forderungen und die Unwahrscheinlichkeit, sie seinerzeit zu vernichten, eine Ungerechtigkeit ist.

Eine sehr wichtige Bestimmung enthält der §. 34. des Gesetzes. Nach derselben muß der gerichtliche Erlag der auf die nicht liquidirten Forderungen entfallenden Quote zur nämlichen Zeit und in der nämlichen Art geschehen, in welcher die für liquid erkannten Forderungen nach Inhalt des Ausgleiches zu zahlen sind. Das Gericht hat solchen Gläubigern zur Austragung ihrer Forderungen eine angemessene Frist zu bestimmen, bei deren Versäumung oder im Falle der Sachfälligkeit jener „der für sie bestimmte Betrag unter die übrigen Theilhaber des Ausgleiches" zu vertheilen ist, falls in dem Ausgleiche nichts Anderes bestimmt wurde. Demnach hat das Gericht diese Frist *von Amtswegen* zu ertheilen, und nicht erst ein Ansuchen der Parteien abzuwarten. Der Wortlaut des Gesetzes lautet sehr kategorisch, und es ist auch kein Grund vorhanden, diese Frist erst über besonderes Einschreiten der Interessenten zu geben. Durch die aus der Initiative des Gerichtes hervorgehende Aufforderung an die Gläubiger, ihre nicht liquidirten Forderungen innerhalb einer angemessenen Frist gehörig darzuthun, wird die gesetzlich einzuhaltende Procedur sofort in Gang gebracht, während sonst die Finalisirung der über das Ausgleichsverfahren hinausreichenden Pendenzen willkürlich hinausgeschoben werden könnte. Nach unserer Anschauung tritt daher jene Pflicht des Gerichtes mit dem Momente ein, wo es den vorgelegten Ausgleich bestätiget und das Ausgleichsverfahren aufhebt — und nicht erst dann, wenn der Erlag der zu Gericht zu deponirenden Summen geschah und nachgewiesen wurde. Ein solcher Vorgang widerspricht dem Wortlaute des Gesetzes, welches den für die Gläubiger nicht anerkannter Forderungen „bestimmten" Betrag eventuell an die übrigen Theilhaber des Ausgleiches zu vertheilen gebietet. Wären

jene Gläubiger erst nach der Deponirung zur Darthuung ihrer Ansprüche aufzufordern, so müßte der Text des Gesetzes dahin lauten, daß eventuell der für dieselben „erlegte" Betrag unter die übrigen Theilhaber des Ausgleiches zu vertheilen sei. Die Praxis ist zwar eine andere, aber mit Unrecht. Das Gericht fordert die Gläubiger zur Ausführung ihrer Ansprüche nicht von Amtswegen auf, sondern wartet ein Einschreiten der Parteien ab; ja es kommt vor, daß man zu diesem Ansuchen nur den Schuldner und die auf den Rechtsweg verwiesenen Gläubiger als berechtigt erkennt. Zu diesem Ansuchen sind aber gewiß auch die anderen Theilhaber des Ausgleiches legitimirt, weil sie an den zu Gericht erlegten Quoten als Forderungsberechtigte eventuell participiren; es müssen dieselben eintretenden Falles nach Verhältniß ihrer Forderungen unter sie vertheilt werden. Bestreitet man ihnen das Recht, den gerichtlichen Erlag und eventuell die verhältnißmäßige Vertheilung der auf die nicht liquidirten Forderungen entfallenden Quoten zu verlangen, so kommt man zu der Consequenz, daß der Schuldner im Einverständnisse mit den im Ausgleichsverfahren zurückgewiesenen Gläubigern die betreffenden Antheile der nicht liquidirten Forderungen behalten darf. Das ist aber unrichtig. Daraus, daß die Gläubiger die ihnen vorbehaltenen Rechte nicht geltend machen, darf der Schuldner keinen Nutzen ziehen, er muß die allen angemeldeten Gläubigern angetragene Ausgleichsquote jedenfalls bezahlen. Wird einerseits die Ausgleichsquote dadurch vermindert, daß auch die nicht liquidirten Forderungen berücksichtiget werden müssen, so muß sie sich andererseits vermehren, wenn die Theilnehmer des Ausgleiches weniger werden. Dieses Princip liegt dem Gesetze zu Grunde, wenn es bestimmt, daß die zu Gericht zu erlegenden Ausgleichsbeträge eventuell unter die übrigen Theilhaber dieses Ausgleiches zu vertheilen sind.

Die Ansprüche der Gläubiger, deren Forderungen im Ausgleichsverfahren nicht liquidirt wurden, sind mittelst Klage wider den Ausschuß der Gläubiger geltend zu machen. Es scheint uns hiebei nicht von Einfluß zu sein, ob die für diese Forderungen entfallenden Beträge für den Fall der Fristversäumung oder der Sachfälligkeit der klagenden Gläubiger unter die übrigen Theilnehmer des Ausgleiches zur Vertheilung gelangen sollen, oder ob sie nach Inhalt des Vergleiches dem Schuldner zuzufallen haben. Der Verfasser hingegen gewährt nur im ersten Falle die Klage wider den Ausschuß der Gläubiger, während er im letzten Falle behauptet, daß der Schuldner belangt werden müsse.

Der Kernpunkt des ganzen Gesetzes ist übrigens in den §§. 35. und 38. gelegen — er ist die Normirung des Zwangsausgleiches. Im Jahre 1859 eingeführt, glaubte die Regierung, ihn nicht fallen lassen zu dürfen, und bequemte sich zu den Modificationen des §. 38. Der Verfasser bezeichnet die Bestimmungen desselben als ein Compromiß zwischen den Gegnern und Freunden des Zwangsausgleiches und bemerkt, daß hiemit eine Entscheidung getroffen ist, welche keine Partei vollkommen befriediget, und daß materielle Ungleichheit und daher Ungerechtigkeit nicht vermieden werden kann (S. 117). Wir schließen uns dieser Anschauung vollkommen an und fügen hinzu, daß wir aus den Bestimmungen des §. 38. ein Princip nicht herausfinden können. Die Beschränkungen und sogenannten Verschärfungen, unter denen das Ausgleichsverfahren Anwendung haben soll,

sind ganz willkürlich und könnten eben so gut anders sein, wie so manche andere Bestimmungen des Gesetzes. Principiell ist es doch gleichgiltig, wie viele Procente die Gläubiger durch den Vergleich erhalten, daß der Schuldner noch niemals im Concurse war, daß er erst zwei Jahre nach der Protocollirung seiner Firma das Ausgleichsverfahren eröffnen darf u. s. w. Die Basis dieses Verfahrens ist immer und ewig nur der Zwangsausgleich. Dieser Grundsatz aber ist falsch; er ist irrig vom Standpunkte der Gerechtigkeit, irrig in historischer Beziehung. Mit welchem Rechte will man Jemanden nöthigen, auf seine Forderung zu verzichten, und wie kommt man dazu, den Schuldner, der das Capital seiner Gläubiger verbraucht hat, auf Unkosten der Letzteren zu begünstigen? Der Concurs hat seit jeher seine Grundlage in der Anschauung, daß es nothwendig sei, die Gläubiger in ihrer Gesammtheit, welche der Zufall auf dasselbe unzureichende Vermögen ihres Schuldners anwies, gegen Uebervortheilung zu schützen. Dieses Vermögen ist ihnen unbedingt verfallen, es dient zu ihrer classenmäßigen Befriedigung. Beim Ausgleichsverfahren aber — einer Art des Concurses — will man gerade umgekehrt dem Schuldner das Vermögen erhalten und ihn mit Hintansetzung der Gläubiger durch Opferung eines Theiles ihrer Forderungen flott machen. Dafür gibt es wahrlich keinen Grund, am allerwenigsten aber ist es im Interesse des Staates gelegen, für den Schuldner eine Art von Expropriationsrecht wider die Gläubiger zu gestatten. Sind Unglücksfälle Schuld an der Zahlungseinstellung, ist der Schuldner ein Mann, welcher Vertrauen verdient, und dessen Geschäftstüchtigkeit und Ehrlichkeit die Gläubiger für die Zukunft zu beruhigen vermag: so sind diese leicht zu bewegen, einen Ausgleich zu bewilligen, ohne erst dazu gezwungen werden zu müssen — die Ausgleiche während des Concurses lehren dieß täglich —; glauben sie aber, daß von einem Fortbetriebe des Geschäftes oder von der Persönlichkeit des Schuldners nichts zu erwarten ist, verdient Letzterer also die Begünstigung eines Ausgleiches nicht, so soll er sich denselben auch nicht erzwingen können. Die Majorität kann hier nicht entscheiden, weil jeder Gläubiger ein Recht hat, sein eigenes Interesse zu wahren. Allerdings können hiebei auch Speculationen und Chikane vorkommen — allein um dieser Möglichkeit willen darf man nicht ungerecht sein. Mit dem Zwangsausgleiche aber beunruhiget und schädiget man immer den Gläubiger, und dieß ist bedeutungsvoller und in seinen Wirkungen folgenreicher, weil ein solcher Ausgleich so recht dem Credit auf den Leib geht. Die Gläubiger werden dadurch angewiesen, bei ihren Geschäften das Ausgleichsverfahren des Schuldners in den Bereich ihrer Berechnung zu ziehen, während die Einleitung desselben dem Schuldner kaum mehr zur Schande gereicht. Das Ausgleichsverfahren hat nur darum so viele Anhänger, weil unser Concursverfahren — in Folge der Aufwendung vieler Mühen und seiner Langwierigkeit ein wahres Strandrecht des Verwalters und Vertreters der Masse — sich vollständig überlebt hat. Ist einmal dieses Verfahren dem Bedürfnisse entsprechend geordnet, dann wird sich kaum Jemand den Zwangsausgleich gefallen lassen.

Dr. J. Prix.

Das österreichische Wechselrecht. Zum Gebrauche in höheren Handelsschulen dargestellt von Dr. Wilhelm Guneſch. Wien 1866.

Als Lehrer des Wechselrechtes an der Wiener Handels-Academie empfindet der Verfaſſer ſeit Jahren den Abgang eines dem Standpunkte und den Bedürfniſſen ſeiner Schüler angepaßten Lehrbuches. Die außeröſterreichiſchen Bearbeiter des Wechſelrechtes nehmen ihm nicht Rückſicht genug auf die öſterreichiſche Particulargeſetzgebung, und die Leiſtungen der vaterländiſchen Literatur ſetzen entweder einen juriſtiſch vorgebildeten Leſer voraus, oder „nehmen den Standpunkt nicht in jener Höhe ein, der dem angeſtrebten Zwecke entſpricht". Dem Verfaſſer ſchwebt bei dem, angehenden Kaufleuten auf dem Gebiete des Wechſelrechtes zu ertheilenden Unterrichte ſtets der Gedanke vor, ſie dahin zu leiten, daß ſie ſich bei vorkommenden Fällen des praktiſchen Lebens ſelbſt im Geſetze zurecht finden können und ihre Wechſelgeſchäfte nicht mechaniſch, ſondern ſelbſtbewußt, dem Geſetze entſprechend, einzurichten vermögen. Den Weg zu dieſem Ziele findet er in einer wenig eingehenden Erläuterung der Wechſelordnung nach der Folge ihrer Artikel. Wir zweifeln an der Richtigkeit dieſer Methode. Der Kaufmann, denken wir, muß den Wechſel und die mit ihm und durch ihn zu vermittelnden Rechtsgeſchäfte als ein geſchloſſenes Ganzes kennen lernen, wenn er ſich darin leicht zurecht finden ſoll; es muß ihm mit logiſcher Sicherheit und Klarheit das Wechſelrecht, nicht blos das Wechſelgeſetz, vorgeführt werden, es muß ihm der geſammte Rechtsſtoff in präciſer und leicht verſtändlicher Darſtellung nach den gewonnenen Reſultaten der Wiſſenſchaft und Praxis gelehrt werden. Die Fehler der exegetiſchen Methode treten bei dem Zwecke des Verfaſſers mehr als ſonſt hervor.

Was die Darſtellung anbelangt, ſo erklärt der Verfaſſer ſelbſt, daß es ihm nicht beifallen konnte, eine ſich durch ganz neue Seiten auszeichnende Arbeit zu ſchaffen, — ſondern daß er ſich damit begnügen mußte, „aus dem reichen Schatze der wechſelrechtlichen Literatur des In- und Auslandes dasjenige zu verwerthen", was in den Rahmen ſeines Lehrbuches paſſen konnte. An dieſer Verſicherung erlauben wir uns zu zweifeln. Wir legen kein Gewicht auf die wenigen Citate benützter Werke — aber aus den Ausführungen glauben wir zu erkennen, daß Literatur und Praxis dem Verfaſſer nicht in ausreichender Weiſe zu Gebote ſtand. Schon der Begriff des Wechſels, den der Verfaſſer aufſtellt, deutet darauf hin. Der Wechſel iſt ihm „ſeiner äußeren Erſcheinung nach eine in geſetzlich beſtimmter Form ausgefertigte Urkunde, deren Ausſteller ſich unter dem Gebrauche des Wortes „Wechſel" oder eines gleichbedeutenden Ausdruckes nach Wechſelſtrenge verpflichtet, eine beſtimmte Summe Geld an einem beſtimmten Tage und Orte an den in der Urkunde bezeichneten Dritten oder deſſen Ordre entweder ſelbſt zu zahlen, oder durch einen Anderen zahlen zu laſſen". Damit iſt eigentlich auf die Definition des Wechſels Verzicht geleiſtet, — es iſt höchſtens die Wechſelform beſchrieben, und dieſe ungenau, da die „Wechſelſtrenge" hiefür unweſentlich iſt; auch laſſen ſich unter den aufgeſtellten Begriff gewiſſe Arten von Wechſeln, wie Sicht- und Marktwechſel, gar nicht bringen. Nach unſerer Anſchauung kann aber

kein Schriftsteller die Frage nach der Natur des Wechsels ganz umgehen; insbesondere darf man den Handelsstand nicht im Unklaren darüber lassen, daß die Wissenschaft ein allgemein befriedigendes Resultat noch nicht erreicht hat, man muß darauf aufmerksam machen, in welch' verschiedene Gruppen sich die Meinungen theilen, und wie dieß auf die Gesetzgebung und die Praxis einwirke. In der That kann sich auch der Verfasser nicht entschlagen, sich im Verlaufe seiner Darstellung für eine Ansicht über die Natur des Wechsels zu entscheiden. Er nennt den Wechsel „negotiables Papiergeld" (S. 77) — eine Theorie, welche täglich weniger Anhänger zählt, und insbesondere in unserem Wechselgesetze keinen Anhaltspunkt findet.

Gelegentlich der Lehre von der Uebertragung des Wechsels wird auch der Cession erwähnt, jedoch nur, um zu sagen, daß sie dem Wechselverkehr weder in ihrer Form, noch in ihren Wirkungen genügt; es wäre aber doch zu erörtern gewesen, welche Bedeutung sie im Wechselrechte hat, und welchen Einfluß sie vorkommenden Falles auf das Wechselrecht nimmt. Das Wesen des Indossementes findet der Verfasser darin, daß es „zwei verschiedene Arten auf dem Gebiete des Wechselrechtes wirksamer Geschäfte bezeichnet, welche das gemeinsam haben, daß durch sie die Geltendmachung und Wahrung der wechselmäßigen Rechte einem Anderen als dem bisherigen Wechselgläubiger übertragen wird" (S. 64). Diese beiden Arten sind das eigentliche Indossement und das Indossement in Procura. Wenn die Uebertragung der Geltendmachung und Wahrung der wechselmäßigen Rechte das Wesen des Indossementes ist, wodurch unterscheidet sich dann das Indossement von einer Cession, und wie erklärt sich der Verfasser die selbstständige Haftung des Indossanten? Auch dürfte es dem Indossanten ziemlich gleichgiltig sein, ob der Indossatar seine Rechte gegen Dritte geltend macht — was aber seine Person anbelangt, so hat er sogar ein Interesse, daß diese Rechte gegen ihn nicht geltend gemacht werden. Es ist nicht faßlich, wie man zwei von einander so verschiedene Rechtsgeschäfte, wie das Indossament und das wechselrechtliche Mandat — denn etwas Anderes ist das Indossament in Procura nicht —, unter Einen Gesichtspunkt bringen kann. Der Verfasser selbst kommt schon in den nächsten Zeilen in Verlegenheit. Er muß S. 65 betonen, daß durch das Indossament in Procura die wechselmäßigen Rechte nicht begeben werden — und doch soll das Wesen des Indossamentes und des wechselrechtlichen Mandates (Indossament in Procura) dasselbe, nämlich Uebertragung der Geltendmachung und Wahrung der wechselmäßigen Rechte sein?!

Aehnliche Widersprüche kommen auch bei anderen Partien vor. So wird beispielweise die Wechselbürgschaft als die Verpflichtung eines Dritten zur Zahlung eines Wechsels für den Fall aufgefaßt, als ein Wechselverpflichteter nicht zahlen sollte (S. 4), während später (S. 206) die Wechselbürgschaft als ein Verhältniß wechselrechtlicher Mitverpflichtung, der Bürge als unbedingt haftbar bezeichnet wird. Uebrigens ist die Lehre von der Mitunterzeichnung des Wechsels im engen Anschlusse an Volkmar und Löwy (Wechselordnung, Berlin 1862) dargestellt — wie denn der Verfasser überhaupt dieses Buch, sowie Blaschke's Wechselrecht, mit Vorliebe benützt zu haben scheint. Dr. J. Prix.

Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche und den Einführungsgesetzen für den Gebrauch des Handelsstandes, dargestellt von Dr. Oscar Wächter. Leipzig, bei Breitkopf und Härtel, 1865.

Für das Rechtsgebiet des Handelsrechtes besteht ein regeres Interesse auch in weiteren Kreisen, als für das allgemeine Civilrecht. Dieß bringt die Natur der Lebensverhältnisse mit sich, denen es entwachsen ist, und in welchen sich die halbe Menschheit bewegt. Die bezüglichen Gesetze sind der in präcise Normen gebrachte Ausdruck des Rechtsbewußtseins des Handelsstandes, von denen die Betheiligten Kenntniß haben müssen, um im raschen Verkehre des täglichen Lebens ihr Verhalten danach zu bestimmen. Das Gedränge des Marktes, die durch volkswirthschaftliche und finanzielle Voraussetzungen gegebenen Bedingungen desselben, die Nothwendigkeit einer möglichst formlosen und schleunigen Abwicklung der Geschäfte läßt in den meisten Fällen keine Gelegenheit und keine Zeit, den Rechtsbeistand eines Anwaltes einzuholen. Hiemit ist das Bedürfniß des Handelsstandes gegeben, sich nach Kräften selbst über das geltende Recht zu belehren. Practische Darstellungen des Handelsrechtes für den Handelsstand sind daher nicht nur vollkommen gerechtfertiget, sondern nothwendig. Die Aufgabe des Schriftstellers aber, welcher dieses Ziel anstrebt, ist keine geringe. Ihm darf nicht eine bloße Erläuterung des Gesetzestextes genügen, er muß vielmehr ein vollständiges, logisch gegliedertes System des Handelsrechtes in klarer und präciser Weise vorlegen. Daß hiezu umfassende Kenntniß der Literatur und Praxis gehört, ist selbstverständlich. Müssen doch die gewonnenen Resultate vollständig mitgetheilt, Rechtssätze, welche bestritten sind, besonders hervorgehoben werden, und sind die Vorsichten anzugeben, welche den Kaufmann bei zweifelhaften Fällen zu leiten haben. Der Verfasser, dessen Name insbesondere durch sein umfangreiches Werk: „Wechsellehre nach den deutschen und ausländischen Gesetzen 1861" vortheilhaft bekannt ist, hat in dem vorliegenden Buche alle Anforderungen erfüllt, welche an eine Darstellung des Handelsrechtes für die Zwecke des Handelsstandes gestellt werden können. Unter Hinweglassung weitläufiger Deductionen und mit Berücksichtigung der Protocolle wie der Motive des Gesetzes, entwickelt er in möglichst präciser, klarer und verständlicher Form, auf durchaus wissenschaftlicher Basis das System des geltenden Handelsrechtes. — Nicht bloß der Kaufmann wird es mit Nutzen lesen, auch auf den Juristen wirkt es anregend und belehrend. Der bis jetzt erschienene erste Theil des Buches behandelt den gesammten Stoff des Handelsgesetzbuches mit Ausnahme des Gesellschaftsrechtes und des Seerechtes. In der Einleitung werden die Begriffe des Handels, des Handelsrechtes, dessen Verhältniß zum bürgerlichen Recht, die Usanzen, die Geschichte des Handelsgesetzes, das Quellenverhältniß desselben und die Literatur behandelt — woran sich als erster Abschnitt die Lehre von den Handelssachen schließt. Hierauf folgen die Lehren vom Handelsstande, von den Handelsgeschäften und insbesondere vom Kaufe, dem Commissions-, dem Speditions- und dem Frachtgeschäfte. Der zweite Theil wird das Recht der Handelsgesellschaften mit Einschluß der stillen Gesellschaft und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften enthalten, und soll demselben auch ein alphabetisches und Quellen-Register über das ganze Werk beigegeben werden.

Dr. J. Prix.

Code général de commerce valable pour les royaumes de Bohême etc. introduit par la loi du 17. Décembre 1862. Traduit par le chevalier Jos. Max. de Winiwarter. Vienne 1865.

Die Uebersetzung eines deutschen Gesetzbuches durch einen Deutschen in das Französische ist eine seltsame Erscheinung, die ohne Vorbild sein dürfte. Es gehört gewiß eine ungewöhnliche Liebe zur Sache dazu, um bei der Bewältigung der Schwierigkeiten auszuharren, die eine derartige Aufgabe in Hülle und Fülle bietet. Manche Umstände wirken zusammen, daß man der Beharrlichkeit, welche ein Mann der Praxis einem literarischen Unternehmen widmet, eine Anerkennung nicht versagen kann, denn sie zeigt ein Interesse, welches selten zu werden anfängt. Von dieser Anschauung gingen wohl auch alle österreichischen Journale aus, die von dem Werke Notiz nahmen, indem sie sich verpflichtet fühlten, den Verfasser durch einige verbindliche Worte zu ehren.

Wir wollen diesen freundlichen Zusammenklang durch keinen Mißton stören, glauben aber unserer Referentenpflicht nicht zu entsprechen, wenn wir unsere Bedenken über die Zweckmäßigkeit des Unternehmens, so wie über die Richtigkeit der Uebersetzung unterdrücken würden.

Die Vermittlung zwischen deutscher und französischer Jurisprudenz ist gewiß sehr wünschenswerth; man kann zwar der Ansicht sein, daß das Gebiet des Civilprocesses dasjenige sei, welches mit Rücksicht auf die bevorstehende Proceß-Reform am meisten zur Arbeit einlade, doch wird man aus diesem Grunde den Versuch des Verfassers, welchen er dem Handelsrechte widmete, nicht ablehnen; man wird mit ihm auch darüber nicht rechten können, daß er sich nur auf den in Oesterreich geltenden Theil des Handelsgesetzbuches beschränkte, und das vom Seerechte handelnde fünfte Buch, das doch für die Franzosen gewiß auch von Interesse wäre, unübersetzt ließ, obgleich er in der Vorrede anführt, daß der Abschluß des preußisch-französischen Handelsvertrages ihn zur Veröffentlichung dieser Arbeit veranlaßte. Ist es aber wahrscheinlich, daß man das Interesse der Franzosen an deutscher Jurisprudenz auf diesem Wege anregen könne? Die Uebersetzung ist eine Hilfsarbeit, welche dort, wo sich ein Bedürfniß darnach zeigt, ganz gewiß verrichtet wird; wenn auch nicht das wissenschaftliche Interesse, so wird doch das geschäftliche Bedürfniß ohne Zweifel in kurzer Zeit französische Uebersetzungen des Handelsgesetzbuches in Frankreich selbst hervorbringen. Wenn man im Dienste des internationalen Verkehres anregend wirken will, so scheint es zweckmäßiger, die in der französischen Literatur und vor französischen Gerichten erörterten Rechtsfragen zu discutiren und vergleichende Jurisprudenz zu cultiviren, als unvollkommene Uebersetzungen von Gesetzbüchern zu liefern.

Ob man sich aber in Frankreich von der vorliegenden Uebersetzung befriedigt fühlen könne, möge nach den folgenden Proben beurtheilt werden.

Im Art. 10, Absatz 1, ist „deren Gewerbe nicht über den Umfang **des Handwerksbetriebes** hinausgeht" übersetzt mit „dont l'industrie n'excède **pas les limites de leur métier**"; Art. 12, Abs. 2, „**gegen** Erlegung der **Kosten**", „**contre** paiement des frais"; Art. 13 „**in** einzelnen Fällen", „**par**

certains cas spéciaux"; im Art. 16, Abs. 1, blieb „sein Geschäft", im Art. 24, Abs. 1, „oder" unübersetzt; im Art. 21, Abs. 3, ist der Ausdruck „greffe" ganz unmotivirt vor „tribunal de commerce" eingeschaltet; im Art. 23 für „abgesondert von dem Handelsgeschäfte", „abstraction faite de l'établissement commercial"; im Art. 30, Abs. 2, „ein dazu bestimmtes Buch", „un livre ad hoc"; im Art. 32, Abs. 2, „numeroté" statt „coté", und im Art. 27 „teneur" statt „contenu" gebraucht.

Der Ausdruck „Landesgesetz" ist immer durch „lois du pays" übersetzt; wir zweifeln, ob der Franzose, wenn er auch den §. 5 des Einführungsgesetzes im Gedächtnisse behält, daraus entnehmen werde, daß die Particulargesetzgebungen der deutschen Bundesstaaten gemeint seien; eben so räthselhaft dürfte ihm die Bezeichnung „loi allemande concernant les affaires de change" für „deutsche Wechselordnung" (Art. 2) sein. Von dem Worte „affaire" wird überhaupt ein ganz unpassender Gebrauch gemacht; dasselbe wird statt des im code de commerce üblichen „acte" in der Bedeutung von Rechtsgeschäft benützt, und im Art. 29, Absatz 2, sogar für Geschäft im Sinne des geschäftlichen Unternehmens angewendet.

Wir glauben daher, nicht im Unrechte zu sein, wenn wir an den Verfasser die Bitte richten, seine Erfahrungen wie seine Sprachkenntnisse lieber in der oben angedeuteten Richtung zu verwerthen. Dr. Ph. R. v. Harrasowsky.

Die Reform der Civilproceßgesetzgebung in Sachsen und in Deutschland. Kritische Bemerkungen zu den Entwürfen einer sächsischen und einer deutschen Civilproceßordnung, von Dr. Robert Osterloh. Leipzig 1865. 8°. 158 S.

Proceßreform! — Welche Fülle von Wünschen knüpft sich an dieses Wort! Wer vermag die Interessen mit einem Blicke zu überschauen, welche dadurch berührt werden! Wie lange beschäftigt man sich mit diesem Gegenstande — doch in welchem Verhältnisse stehen die Thaten zu den Wünschen? Vor zehn Jahren noch hätte die überwiegende Mehrzahl der österreichischen Juristen es mit Freude aufgenommen, wenn die Vereinfachung und Beschleunigung des Processes, welche die in den südöstlichen Kronländern eingeführte provisorische Civilproceßordnung bot, zu einem allgemeinen Gute gemacht worden wäre. Die Anhänger des mündlichen Verfahrens waren aber im raschen Wachsen begriffen, und schon im Jahre 1861 galt es als selbstverständlich, daß der zukünftige Civilproceß nur auf dem Principe der Unmittelbarkeit gebaut werden könne. Mit großem Eifer beschäftigte man sich in allen Kreisen mit processuellen Fragen; die Schilderungen der in Hannover gesammelten Erfahrungen wurden von den Journalen verarbeitet und verbreitet; man pilgerte nach Hannover und an den Rhein, um durch eigene Anschauung zu lernen. Es kamen die Versammlungen des Juristentages; die Abtheilung für Civilproceß war am stärksten besucht, die Debatten über die Waldeck'schen Anträge erregten lebhaftes Interesse, und über das Princip der freien Beweiswürdigung entspann sich ein nahezu hitziger Kampf. Alles wirkte zusammen, um dem Glauben, daß man sich über die wichtigsten Grundsätze verständigt, auch die Hoffnung zuzugesellen, daß man sich in kurzer Zeit einer gemeinsamen Proceßordnung in ganz Deutschland werde erfreuen können. Mit ungewöhnlicher

Schnelligkeit keimte auch der Beginn einer That durch die Einsetzung der Bundes-Commission in Hannover auf. Ein weites Feld der Thätigkeit öffnete sich für Alle, die durch ihren Beruf genöthigt oder doch aufgefordert sind, sich mit processuellen Fragen zu beschäftigen. Wem die Sache wirklich am Herzen lag, der mußte doch fühlen, daß es nothwendig sei, den Arbeiten der Commission zu folgen, die Bestrebungen derselben zu unterstützen, die Einführung des mündlichen Verfahrens vorzubereiten. Wer die Zeichen des Interesses, welche in den Juristenversammlungen laut genug geäußert wurden, zum Maßstabe nahm, hätte wohl meinen können, die Debatten der Bundescommission müßten einen lauten Nachhall in allen juristischen Kreisen finden, und die Erzeugnisse der Literatur, die Berathungen aller Organe der juridischen Welt würden hievon Zeugniß geben. Die Hindernisse, welche man thatkräftigen Männern bei ihrem Streben nach einem heißersehnten Ziele in den Weg wirft, pflegen gewöhnlich den Eifer neu zu beleben! An Hindernissen fehlt es fürwahr nicht. Preußen hielt sich von Anfang an aus politischen Gründen fern und zog andere Staaten nach sich. Durch diese feindselige Haltung mußte der Einfluß und das Gewicht des Particularismus, der sich in der Commission selbst regte, steigen. Aus den äußerst sorgfältig redigirten Commissions-Protocollen geht hervor, daß drei Gruppen einander gegenüberstehen, welche theils in principiellen Anschauungen, theils in der Abgrenzung zwischen dem Gemeinsamen und dem Particulären divergiren. Wäre es ein unnatürliches Schauspiel gewesen, wenn die Anhänger der verschiedenen Principien für die Vertheidigung derselben eingetreten wären, und die Mitglieder der Commission durch Schilderungen factischer Verhältnisse, durch Mittheilung von Erfahrungen unterstützt hätten! War es nicht insbesondere zu erwarten, daß jene Männer, welche das Ziel der Gemeinsamkeit unverrückt im Auge behielten, und nie ermüdeten, die bisweilen schroff einander gegenübertretenden Meinungen nach diesem Ziele hinzulenken, allseitige Anerkennung und lebhaften Beistand finden! Die Proceßreform und die Gemeinsamkeit der Proceßgesetzgebung sind ja doch wirkliche Güter, deren Mangel dem Verkehre theuer genug zu stehen kömmt!

Traurige Stille herrscht, wo reges Leben pulsiren sollte. In wenigen Monaten dürfte die Commission die zweite Lesung des Entwurfes vollendet haben, die Literatur hat aber nur sehr wenige Arbeiten aufzuweisen, welche sich mit dem Entwurfe einer gemeinsamen Civilproceßordnung beschäftigen.

In Oesterreich wäre es insbesonders äußerst nützlich gewesen, durch Besprechungen über den Entwurf die Kenntniß des mündlichen Verfahrens zu verbreiten und zur Selbstbelehrung anzuregen; denn das Detail des mündlichen Processes dürfte Vielen, die sich nach ihrem Berufe damit zu beschäftigen haben werden, gänzlich fremd sein. Die Berathungsprotocolle der Bundescommission wurden, wenn wir nicht irren, allen Facultäten, Gerichts-Collegien und Advocaten-Kammern mit der Einladung, sich an der gemeinschaftlichen Arbeit zu betheiligen, mitgetheilt. Außer einer Reihe von Aufsätzen, welche Professor Dr. Koszynski in der Gerichts-Zeitung veröffentlichte, und außer dem Gutachten der Advocaten-Kammer in Wien, welches nur auszugsweise durch die öffentlichen Blätter bekannt wurde, ist nichts erschienen, was darauf schließen ließe, daß jene Einladung eine bereitwillige Aufnahme fand.

Wodurch erklärt sich diese traurige Thatsache? Ist wirklich schon jene Gleichgiltigkeit eingetreten, welche jeden geistigen Aufschwung niederzieht in den betäubenden Strudel, in welchem nur der Moment fesselt mit seiner Lust und Qual! Man muß sich sträuben, dieß zu glauben, denn nebst der Selbstsucht wirkt nichts so zersetzend, ja geradezu atomisirend, als Gleichgiltigkeit an geistigen Bestrebungen; und doch muß man fragen, wo sind die Führer, denen die dienenden Kräfte sich anschließen möchten, wo die Vorbilder, an denen die heranwachsende Generation sich heranbilden könnte?

Die Aufgabe, an welcher so Viele ihren Eifer hätten bethätigen können, Professor Dr. Osterloh hat sie redlich erfüllt, indem er den Entwurf einer wirklich objectiven Beurtheilung unterzog, und in seine Arbeit eine Fülle von Bemerkungen niederlegte, von denen die Commission bei der zweiten Lesung Gebrauch machen konnte. Wegen der Reichhaltigkeit ihres Inhaltes wird die Brochure namentlich bei uns von Allen mit großem Nutzen gelesen werden können, denen eine Unterstützung beim Studium des Entwurfes willkommen sein muß. Die vergleichenden und kritischen Bemerkungen dürften so manche Aufklärung bieten, und — was die Hauptsache ist — anregend wirken.

Mit ruhigen ernsten Worten betont der Verf. das Bedürfniß einer gemeinsamen Gesetzgebung und gibt der Ueberzeugung Ausdruck, daß dieses Ziel trotz der mißlichen Verhältnisse der Gegenwart dennoch erreicht wird. Demselben würdevollen Tone begegnen wir an der Stelle, mit welcher er seine Betrachtungen über Beweisverbindung oder Beweisanticipation abschließt. Da der Streit hierüber mit Leidenschaft geführt wurde, so dürfte diese Behandlungsweise nicht verfehlen, Eindruck zu machen.

Die kritischen Bemerkungen, welche in die Vergleichung des sächsischen mit dem deutschen Entwurfe eingeflochten sind, wurden um die wichtigsten Principien des Civilprocesses gruppirt. Wir glauben uns darauf beschränken zu sollen, nur einige Hauptpunkte hervorzuheben.

Hinsichtlich der Einleitungsformen, welche zu so vielfältigen legislatorischen Versuchen Anlaß gaben, nimmt der Verfasser einen Standpunkt ein, von dem aus alle Schwierigkeiten leicht lösbar erscheinen. Der Schriftenwechsel im Vorbereitungsverfahren hat nur einen facultativen Character, denn die Partei, welche keine Schriftsätze überreichen läßt, hat keine sachlichen, sondern nur processuelle Nachtheile zu besorgen. Unnöthig ist daher das Bemühen, die Zahl der zu erstattenden Schriften durch eine allgemeine Regel festsetzen zu wollen; es würde vielmehr genügen, die Verpflichtung zur gegenseitigen Vorbereitung auszusprechen, und die Unterlassung mit der Möglichkeit einer Vertagung, sowie einer Verurtheilung in den Kostenersatz zu bedrohen.

Beim Abwägen der mit der Beweisanticipation verbundenen Vortheile und Nachtheile erkennt der Verf. die Vortheile derselben für überwiegend an. Er legt ein sehr großes Gewicht auf die formelle Sonderung der Behauptungen von dem Anbieten der Beweismittel, indem er hofft, daß dadurch einer Ueberhäufung des Proceßmateriales vorgebeugt werden könne. Wir glauben nicht zu irren, wenn wir annehmen, daß die gesonderte Behandlung der Behauptungen und der Beweisanbietungen im Entwurfe der Bundescommission durch die Entstehungsgeschichte

den bezüglichen Bestimmungen erklärbar sei, und daß die Commission kein so großes Gewicht auf diese Sonderung gelegt wissen wollte. Es gibt auch gar kein Mittel, um diese Sonderung gegen den Willen der Parteien aufrecht zu halten. Wenn eine Partei in ihrem ersten Schriftsatze die zum Beweise ihrer Behauptungen dienenden Beweismittel namhaft machen sollte, so wird die Gegenpartei es nicht ablehnen können, hievon Kenntniß zu nehmen; sie wird gewiß nicht fordern können, daß die Beweismittel in einem abgesonderten Schriftsatze noch einmal angegeben werden. Das Gleiche gilt von der mündlichen Verhandlung, bei welcher überdieß jede Partei nach dem ganz natürlichen Triebe, nichts unerwiedert zu lassen, sich genöthigt fühlen wird, sich der Behandlungsweise ihrer Gegenpartei anzuschließen. Nicht zu übersehen ist ferner, daß im Processe nach dem Entwurfe, im Gegensatze zum gemeinrechtlichen Processe, die Specialisirung der Behauptungen nicht mehr auf ein späteres Stadium des Verfahrens verschoben werden darf; hiemit entfällt aber der wichtigste Grund zur Zurückhaltung der Beweisangaben. Es wird vielmehr das Bedürfniß hervortreten, die überzeugende Kraft der Behauptungen durch die Darlegung der Beweisfähigkeit derselben zu unterstützen. Wo die Beweisanticipation zu den bereits eingebürgerten Grundsätzen gehört, wird man sich von der Zweckmäßigkeit der Sonderung der Behauptungen von der Anbietung der Beweise nicht überzeugen können; dort wird man dem Verfasser gewiß auch nicht darin zustimmen, daß die Beweisanticipation nur im mündlichen, nicht aber auch im schriftlichen Processe zuzulassen sei.

Die wohlthätigen Wirkungen einer gemeinsamen Proceßgesetzgebung können nur dann in vollem Maße eintreten, wenn die Gegenseitigkeit der Rechtshilfe unter den deutschen Staaten gesichert ist. Mit Recht hebt der Verfasser hervor, daß die Zusicherung der Gegenseitigkeit nicht durch Particulargesetze, sondern nur durch Staatsverträge erfolgen kann. Man kann nur wünschen, daß diese Anschauung bald durchdringe, damit die günstige Gelegenheit zum Abschlusse von Staatsverträgen nicht versäumt werde. Wundern muß man sich aber, daß der Verfasser, der die in dem Entwurfe enthaltenen Bestimmungen über Rechtshilfe verwirft, weil sie den Gegenstand von Staatsverträgen bilden sollen, dennoch die Annahme des gleichfalls von einer Bundescommission berathenen Rechtshilfegesetzes empfiehlt. Das Rechtshilfegesetz unterscheidet sich in dieser Beziehung nicht im Geringsten von dem Proceßgesetze, beide sollen nur als Landesgesetze Geltung erlangen, keines kann einen Staatsvertrag ersetzen. Wenn man darauf hinweisen sollte, daß durch die Annahme des Gesetzes in mehreren Staaten Antrag und Annahme zusammentreffen, also gewissermaßen ein stillschweigendes Uebereinkommen zu Stande komme, so wird hiebei übersehen, daß die Rechtshilfe nach diesem Gesetze nur jenen Staaten zu leisten sei, welche das Rechtshilfegesetz unverändert annehmen, und so lange sie es unverändert in Geltung erhalten; — ein Uebereinkommen, welches unter der Voraussetzung rebus sic stantibus zu Stande kommen und nur unter dieser Voraussetzung dauern soll, ist doch gewiß kein Staatsvertrag zu nennen.

Bei dieser Behandlungsweise würde man sich in unabsehbare Schwierigkeiten verstricken. Zunächst muß es auffallen, daß in jedem einzelnen Falle darüber gestritten werden kann, ob das Rechtshilfegesetz in dem Staate welchem

Rechtshilfe zu leisten ist, unverändert angenommen, und weder direct noch indirect geändert wurde. Die Executen würden voraussichtlich nicht säumen, dieß auszubeuten, um ihre Gegner zu ermüden und Zeit zu gewinnen. Die gerichtlichen Entscheidungen müßten sich über ein Verhältniß aussprechen, das offenbar nicht zur gerichtlichen Competenz gehört; sie hätten nicht blos zu erkennen, ob der Partei die von ihr begehrte Vollstreckungshandlung zu bewilligen sei, sondern ob der Staat, welchem das Erkenntnißgericht angehört, einen Anspruch auf Rechtshilfe erheben könne.

Es ist ferner höchst unwahrscheinlich, daß in Staaten, welche eine ganz verschiedene Gesetzgebung haben, ein einzelnes Gesetz sich lange in unveränderter Geltung erhalten könne. Ein lehrreiches Beispiel lieferte Sachsen *), wo die eifrigsten Verehrer des Rechtshilfegesetzes zu finden sind. Mit Verordnung vom 16. Jänner 1865 (Gesetz- und Verordnungsblatt, 2 St. Nr. 8) wurde das Rechtshilfegesetz eingeführt, allein schon die Publicationsverordnung enthält eine nicht unerhebliche Aenderung des Gesetzes. Während nach §. 30 dieses Gesetzes nur die Gerichte über die Anwendbarkeit desselben zu entscheiden haben, soll in Sachsen das Justizministerium Zweifel über die Anwendbarkeit des Gesetzes in einzelnen Fällen entscheiden. Da nun das Rechtshilfegesetz nicht unverändert angenommen worden ist, so war die Annahme desselben überhaupt unnütz; denn auf Grund dieser unvollkommenen Annahme kann Sachsen von keinem Staate die Leistung von Rechtshilfe verlangen. Dr. Ph. R. v. Harrasowsky.

Bedenken über das französische Wesen der für Preußen, Baiern und von der Commission in Hannover ausgearbeiteten Entwürfe einer bürgerlichen Proceßordnung, geäußert von R. v. Krawel, Leipzig 1855. 8°. 142 Seiten.

Eine Kritik dieses Schriftchens könnte sich damit begnügen, die Ueberschriften der 55 Abschnitte anzuführen, und zugleich die Anzahl der Zeilen anzugeben, welche jedem Abschnitte gewidmet sind. Wenn man sieht, daß z. B. die „Geschichte des preußischen Processes" in 64 Zeilen; die „Gegensätze des französischen und deutschen Processes" in 82 Zeilen, die „Schriftlichkeit in England und New-York" in 28 Zeilen behandelt wird, so kann man daraus entnehmen, mit welcher Gründlichkeit der Verfasser an nahezu allen Fragen des Civil-Processes vorüberflattert; — und doch ist Gründlichkeit die von ihm gepriesene Eigenschaft der deutschen Nation, durch welche sie sich vortheilhaft von den Franzosen unterscheidet.

Zu den mannigfaltigen Aufgaben, welche der Verfasser sich stellt, gehört auch die Erklärung der in den Proceßgesetzgebungen liegenden Verschiedenheiten durch die Eigenthümlichkeiten der Nationalitäten. Eine schöne Aufgabe fürwahr, die sich bisher noch Niemand gestellt, — die man aber durch die Bemerkungen des Verfassers — über die Ungründlichkeit und Leichtfertigkeit der Franzosen, sowie über das Bedürfniß der Deutschen, sich durch ihre Richter warnen und rathen zu lassen — wohl nicht für gelöst halten wird. Der Ton, der in dem Schriftchen ange-

*) Siehe Annahme des deutschen Rechtshilfegesetzes in Sachsen. Austria 1865, Nr. 10.

schagen wird, läßt übrigens gar nicht darauf schließen, daß eine ernste Untersuchung beabsichtigt wurde; es scheint vielmehr, daß der Verfasser sich nur die Aufgabe setzte, Variationen über den Satz: „Was Französisch ist, ist gefährlich und verwerflich", in populärer Form vorzutragen. Es wird ignorirt, daß den Franzosen so wie den Deutschen viele Proceßquellen gemeinschaftlich sind; zu diesen gehören aber nicht blos das römische und canonische Recht, die Grundsätze und Formen des Processes waren ja zur Zeit Carl's des Großen diesseits und jenseits des Rheins dem Wesen nach dieselben. Die Erinnerung an diesen gemeinschaftlichen Ursprung und an die Verschiedenheit, welche sich trotz der Uebereinstimmung der Rechtsquellen herausbildete, hätte zu der naheliegenden Betrachtung führen müssen, daß die Gestaltung des Processes nicht blos durch die Gesetzgebung, sondern, und in einem vielleicht noch höheren Grade, durch die herrschend gewordene Rechtsanwendung beeinflußt wird. Dieß war aber bei dem Urtheile über die Annehmbarkeit sogenannter französischer Proceßeinrichtungen um so weniger zu übersehen, als von Autoritäten, wie z. B. Mittermaier, wiederholt hervorgehoben wurde, daß viele Uebelstände, über welche man in Frankreich klagt, in den unter der Herrschaft der französischen Gesetzgebung stehenden Rheinlanden nicht zum Vorschein kamen, weil der Volkscharacter ein anderer ist, und weil namentlich die Richter und Anwälte in Deutschland einen anderen Bildungsgang durchzumachen haben, als in Frankreich. Wenn man übrigens auch im Stande wäre, festzustellen, welchen Einfluß die Eigenthümlichkeiten der Nationalitäten auf die Umbildung der Proceßgesetzgebung ausübten, so könnte gegenwärtig hierin gewiß nicht das entscheidende Moment für die fernere Entwicklung der Gesetzgebung gefunden werden. Die Verkehrsverhältnisse der Gegenwart sind so beschaffen, daß sie alle nationellen Verschiedenheiten in den Hintergrund drängen müssen; auf allen Gebieten, die mit dem Weltverkehre in irgend einem Zusammenhange stehen, ringt man nach Gleichförmigkeit, und die Gebildeten aller Länder waren bisher einig, sich über diese Erscheinung zu freuen.

Der Verfasser, der all' dieß unberücksichtigt läßt, scheint in der That wenig berufen, gegen mehrere Mitglieder der in Hannover tagenden Bundescommission Vorwürfe zu erheben, daß sie ihre heimischen Institutionen nicht mit hinreichender Entschiedenheit vertraten; ein flüchtiger Einblick in die Sitzungsprotocolle hätte ihn belehren können, daß man dort nur die Sache im Auge hatte, und mit einem Ernste vorging, der wohl gegen die Zumuthung einer blinden Nachahmungssucht schützen sollte.

Für den Werth der vorliegenden Brochure — wir meinen nicht blos den literarischen Werth — ist es bezeichnend, daß der Verfasser es für gut findet, den gemeinrechtlichen und den preußischen Proceß, welche doch unter allen Proceßgesetzgebungen die größten Gegensätze repräsentiren, miteinander zu vermengen, und in dem gemeinsamen Begriffe des deutschen Processes aufgehen zu lassen; ja der preußische Proceß wird so geschildert, als wäre das Urbild germanischen Wesens in ihm allein ausgeprägt. Bei dieser Auffassung wäre es dem Verfasser offenbar unbequem gewesen, die Frage über das Beweisdecret im Gegensatze zu dem gemeinrechtlichen Interlocute zu erörtern; — er zog es daher vor, darüber zu schweigen, obgleich gerade diese Frage für den Bau des Verfahrens die allerwesentlichste ist.

Für den preußischen Proceß wird namentlich im Gegensatze zum hannoverschen Processe der Ruhm in Anspruch genommen, daß er sich unter Festhaltung des „deutschen Principes" allmälig entwickelte, „naturwüchsig" sei und „fröhlich gedeihe"; es sei daher nirgends in Preußen der Wunsch nach einer das Princip des Verfahrens ändernden Reform laut geworden. Wir müssen es dahin gestellt sein lassen, ob diese Versicherung hinreichend sein werde, um die bisherige Ansicht, daß die preußische Proceßgesetzgebung reich an principiellen Wandlungen sei, zu beseitigen; — mit dem Ausspruche über den Mangel eines Reform-Bedürfnisses dürften jene Preußen, welche am Juristentage zu Dresden unter Waldeck's Führung für die Einrichtung des Processes nach den in Hannover zur Geltung gekommenen Grundsätzen sprachen und stimmten, kaum einverstanden sein. Das wird den Verfasser gewiß nicht beirren, denn er hat ein neues Princip entdeckt, auf welches bisher noch Niemand vor ihm seine Untersuchungen stützte, leider hat er es unterlassen, zu erklären, was unter dem deutschen Principe im Civilproceße zu verstehen sei. Soll in diesem nicht näher erörterten Principe vielleicht die Rechtfertigung liegen, daß der Verfasser die Beibehaltung des gegenwärtig in Preußen üblichen schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung vertheidigt, und die Bestellung eines Referenten zum Vortrag im Berathungszimmer verlangt; — dann können wir uns aber nicht denken, welches Ziel ihm vorschwebte, als er hin und wieder Bemerkungen von der Nothwendigkeit eines zeitgemäßen Fortschrittes, einer organischen Entwicklung ꝛc. einstreute.

Die tiefen Studien, welche der Verfasser über englisches Recht gemacht, setzen ihn in die angenehme Lage, den preußischen Proceß mit dem englischen in Beziehung auf die Bedeutung der Schriftlichkeit auf eine Linie zu stellen; es wird daher Deutschland in Preußen im Bunde mit England gegen den französischen Geist in's Feld geführt. Diese Behandlungsweise ist neu; allein der Verfasser scheint sie für die einzig richtige zu halten, denn er beginnt seine Bedenken mit folgender Betrachtung: „Während die Nationalitätsfrage die Welt bewegt, und durch sie die deutsche Politik auf neue erfolgreiche (sic) Bahnen geführt ward, scheint die deutsche Rechtswissenschaft einem stehenden Gewässer zu gleichen, das von den Fluthen, welche die Nation bewegen, kaum berührt wird." Die Wissenschaft soll daher nicht mehr das Streben nach Wahrheit als ihr höchstes Ziel betrachten! sie soll des Deutschen herrlichste Eigenschaft verleugnen, um — was? — zu erreichen!

Bemerkenswerth ist es, daß der Verfasser seine Verurtheilung der im Titel benannten Entwürfe und der Proceßreform überhaupt, welche er als zur Durchführung noch nicht reif erklärt, zumeist nur durch Angriffe begründet, welche er gegen den preußischen Entwurf allein richtet. Hiebei kann er sich in vieler Beziehung auf die Autorität Leonhardt's stützen; die Anerkennung dieser Autorität reicht aber nicht weiter, als sie zur Bekämpfung des preußischen Entwurfes verwendbar scheint; denn Alles, was Leonhardt und übereinstimmend mit ihm viele hannoveranische und fremde Juristen über die Vorzüge des in Hannover mit dem günstigsten Erfolge durchgeführten mündlichen Verfahrens geschrieben haben, wird einfach ignorirt. Für die Anschauungen und Erfahrungen dritter

Personen hat der Verfasser überhaupt einen eigenthümlichen Maßstab; über Diejenigen, welche auf die in den Rheinlanden herrschenden Ansichten hinweisen, ruft er aus: „Es ist das eine Wendung, durch welche Leute, welche von ihren einseitigen Ansichten ganz erfüllt sind, die Aufstellung von neuen Gesichtspunkten und andern leiten den Grundsätzen ohne Weiters abzuschneiden suchen. Solche Leute vermögen nicht ihren beschränkten Gesichtskreis zu erweitern, um eine höhere Stellung zu gewinnen, welche sie erst befähigt, die allgemeinen leitenden Grundsätze zu erkennen. Hiezu ist allemal auch eine vielseitige Bildung und ein umfassendes Studium unumgänglich nöthig." Der Verfasser ist auch vollkommen überzeugt, daß es für die Rheinländer eine Wohlthat wäre, und eigentlich von ihnen gefordert werden sollte, daß man die dort geltende französische Gesetzgebung durch die Gesetzgebung der ostpreußischen Länder ersetze. Die preußische Immediat-Commission hat in ihrem berühmt gewordenen Gutachten die entgegengesetzte Meinung verfochten, und sie hat Recht behalten.

Der Verfasser scheint an sehr weite Kreise appelliren zu wollen, denn er tritt mit der Versicherung auf, daß die bestehende Rechtsübung „auf dem deutschen Gemüthe beruhe", und daß es ihm zunächst galt, „der Gefahr entgegenzutreten, daß man uns unser gutes deutsches Recht nehme" u. dgl. Zu den besonderen Vorzügen des Bestehenden wird es gerechnet, daß der Richter die Parteien berathe und warne, so wie, daß man keines Advocaten bedürfe, um sein Recht vor Gericht möglichst bequem zu vertreten. Die letztere Bemerkung würde namentlich nicht verfehlen, in weiten Kreisen Eindruck zu machen; in engeren Kreisen wird man sich aber erinnern, daß man in Preußen, wo die Advocaten im J. 1780 abgeschafft wurden, schon im J. 1783 genöthigt war sie wieder einzuführen, und daß in den J. 1833 und 1846 die Fertigung von Parteischriften durch Advocaten als unerläßlich erklärt wurde.

Wer wissenschaftliche Fragen in der eben geschilderten Weise behandelt, kann wohl nicht erwarten, daß man die einzelnen Resultate, zu denen er gelangt, einer ernsten Erörterung unterziehe; über die stark hervortretende Deutschthümelei läßt sich nur bemerken, daß es die Franzosen — wenn sie hievon Notiz nähmen, — freuen könnte, daß es solche Förderer deutscher Einheitsbestrebungen gibt.

Dr. Ph. R. v. Harrasowsky.

Zur Kritik des preußischen Gesetzentwurfes über die Handelsgerichte, von Dr. W. Kompe (Separatabdruck aus der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht). Erlangen 1865. 48 S.

Der Verfasser — Syndicus der Börse und Handelskammer in Breslau — mochte in seinem Berufe die nächste Veranlassung zu seiner Arbeit gefunden haben; dadurch wurde vielleicht aber auch der Gesichtspunkt bestimmt, von welchem aus er die das handelsgerichtliche Verfahren betreffenden Bestimmungen des preußischen Entwurfes einer Civilproceß-Ordnung betrachtete. Er beschränkte sich so sehr auf das von den Handelsgerichten handelnde 7. Buch, daß er dem Entwurfe das Schweigen über die Oeffentlichkeit zum Vorwurfe macht, obgleich die §§. 237—240 des allgemeinen Theiles, welche die Oeffentlichkeit der Gerichts-

verhandlungen zur Regel machen, offenbar auch auf das handelsgerichtliche Verfahren Anwendung finden sollen. Daraus erklärt sich wohl auch, daß er von allen processuellen Fragen, im engeren Sinne des Wortes, nur die von ihm bekämpfte Appellabilität der handelsgerichtlichen Urtheile berührt, so wie, daß er von allen Entwürfen der neueren Zeit nur den von der Bundes-Comission ausgearbeiteten Entwurf einer gemeinsamen Civil-Proceßordnung ignorirt, — da dieser Alles, was die Organisation betrifft, den Landesgesetzgebungen überläßt, — oder sollte man in letzterer Beziehung eine bessere Aufklärung in der gelegentlich angebrachten Bemerkung finden, „daß das Beispiel Preußens, wie auf andern Gebieten, so auch auf diesem für die übrigen deutschen Staaten mehr oder weniger maßgebend sein wird", — das Beispiel Preußens, das allen Bestrebungen des deutschen Bundes zur Erreichung einer gemeinsamen Gesetzgebung feindselig entgegentritt!

Sehr lesenswerth sind die Bemerkungen über die Einrichtung und Competenz der Handelsgerichte. Der Verfasser nimmt es als ausgemachte Sache an, daß die Errichtung besonderer Handelsgerichte oder vielmehr die Theilnahme der dem Kaufmannsstande entnommenen Richter an der Rechtsprechung ein unabweisbares Bedürfniß sei. Er spricht sich hiebei dafür aus, daß die Competenz der Handelsgerichte sich auf das ganze Land erstrecke, und daß bei denselben das rein juristische Element nur durch den Vorsitzenden vertreten werde. Die dafür angeführten Gründe kann man aber nur unter der Voraussetzung für überzeugend erkennen, daß die Rechtsbelehrung des Vorsitzenden über rein juristische und namentlich über processuelle Fragen immer befolgt werde. Bei diesen schwankenden Verhältnisse der juristischen und der nichtjuristischen Elemente muß man es um so erstaunlicher finden, daß die Entscheidung von zwei Handelsrichtern unter Einem juristischen Vorsitzenden inappellabel sein soll.

Der Verfasser bekämpft die Bestimmung des preußischen Entwurfes, welche nur die „angesehenen" Kaufleute zur Wahl der Handelsrichter zulassen will, und empfiehlt die Wahl derselben durch die Handelskammern. Die Gewählten sollen der königlichen Bestätigung unterliegen; die Bestätigung soll aber nicht verweigert werden. Die Frage, ob das Ehrenamt eines Handelsrichters unentgeltlich zu versehen sei, wird leise berührt; ausführlicher sind die Bedenken, welche gegen die Unterstellung der Handelsrichter unter das für alle richterlichen Beamten geltende Disciplinargesetz angeführt werden. Hinsichtlich der Competenz der Handelsgerichte wiegt bei dem Verfasser die Tendenz der Einschränkung derselben vor. Er will nicht nur die Fällung von Geständniß- und Contumazurtheilen dem Vorsitzenden allein überlassen, sondern alle Wechselsachen von der handelsgerichtlichen Competenz gänzlich ausscheiden. Dagegen tritt er der Abgrenzung der Competenz nach dem Werthe der Streitsachen entgegen; die Eigenthümlichkeiten des handelsgerichtlichen Verfahrens sollen auch den Bagatellsachen zu Gute kommen.

Aus den vom Verfasser citirten Schriften ist zu entnehmen, daß die Handelskammern in ganz Preußen dem Gange der Gesetzgebung mit lebhafter Theilnahme folgen und ihre Ansichten und Wünsche zur Geltung bringen.

Wenn die Arbeiten der in Hannover tagenden Bundescommission, an

deren Förderung sich Oesterreich in hervorragender Weise betheiligt, nicht blos ein schätzbares Materiale bleiben sollen, so dürfte bei uns eine namentlich für den Wechselverkehr sehr wichtige Frage bald zur Entscheidung kommen. Es wird sich nähmlich um die Wahl zwischen unserem Mandatsverfahren und dem vom Commissionsentwurfe angenommenen Executiv-Processe, oder um eine Combination beider Proceduren handeln. Wenn wir nicht irren, so haben die österreichischen Handelskammern dieser Angelegenheit ihr Augenmerk bisher nicht zugewendet; wir wissen zwar nicht, ob die Regierung es der Mühe werth gefunden, die Kammern um ihr Gutachten zu fragen; davon läßt sich jedoch absehen, da der Commissionsentwurf im Wege des Buchhandels allgemein zugänglich gemacht wurde.

Nicht unerwähnt können wir schließlich lassen, daß der Verfasser über österreichische Verhältnisse sehr ungenau unterrichtet ist, seine Citate sind auch nicht annäherungsweise zutreffend; er scheint anzunehmen, daß in Oesterreich bei den handelsgerichtlichen Sitzungen das juristische Element nur durch den Vorsitzenden vertreten sei. Dr. Ph. R. v. Harrasowsky.

Gutachten über den Entwurf erster Lesung einer allgemeinen deutschen Civilproceßordnung, erstattet von dem Ausschusse der Anwaltskammer in Celle. Herausgegeben von F. Meyersburg. Celle 1866.

Das vorliegende Gutachten so wie jenes der Wiener Advocatenkammer sind die einzigen Arbeiten über den Entwurf einer gemeinsamen deutschen Civilproceßordnung, welche aus den Kreisen des Anwaltstandes in die Oeffentlichkeit drangen. Die Berathungen der zweiten Lesung sind gegenwärtig schon geschlossen, es wäre daher nicht mehr an der Zeit, die Klagen über die geringe Theilnahme, mit welcher man den Arbeiten der Bundescommission folgte, zu wiederholen. Eine spätere Zeit wird vielleicht mehr Interesse an den Bestrebungen finden, die vor wenig Jahren unter allgemeinem und lautem Beifalle begonnen wurden.

Die Arbeit der Anwaltskammer von Celle, an welcher sich Meyersburg gewiß nicht blos als Herausgeber betheiligt hat, ist in mehrfacher Beziehung sehr lesenswerth. Die Art der Behandlung ist wirklich nachahmungswürdig. In kurzen, gedrängten Sätzen wird eine Fülle von Bemerkungen, die unverkennbar aus der Erfahrung entsprungen sind, gegeben; der Versuchung, sich in längere Erörterungen über Principienfragen einzulassen, wurde überall widerstanden. Der Inhalt dieser Bemerkungen wird ohne Zweifel bei den Berathungen der zweiten Lesung vielfach benützt worden sein, er ist aber auch in der Beziehung interessant, daß er zum Vergleiche mit der Haltung der Hannoveraner an den Juristentagen und mit den von dem hannoveranischen Abgeordneten bei der Bundescommission vertretenen Ansichten herausfordert. Es verdient hervorgehoben zu werden, daß die Kammer sich gegenwärtig für den Grundsatz der freien Beweiswürdigung ausspricht, während es insbesondere hannoveranische Juristen waren, welche in Dresden ernste Bedenken gegen die mit Wärme vertheidigten Anträge Endemann's erhoben. Für die Einleitungsformen, welche Leonhardt, der hannoveranische Abgeordnete, bei der Bundescommission und in seinen Beiträgen zur Proceß-

reform verfocht, scheint die Kammer nicht sehr eingenommen zu sein; zur Beleuchtung der für und wider vorgebrachten Argumente ist es bemerkenswerth, constatirt zu finden, daß die Anwälte in Hannover zwar sehr selten von dem erweiterten schriftlichen Verfahren Gebrauch machen, daß sie jedoch unter einander der Schriften nach Bedürfniß wechseln, ohne sich an die gesetzliche Zahl der Vorbereitungsschriften zu binden. Von Leonhardt's Ansichten weicht die Kammer auch darin weit ab, daß sie sich sehr entschieden für die Behandlung der unrichtigen Gesetzesanwendung als Nichtigkeitsgrund ausspricht. Dagegen stimmt die Kammer in Bekämpfung der Beweisverbindung und in Vertheidigung des gemeinrechtlichen Beweisinterlocutes mit Leonhardt, und gewiß auch mit der Mehrzahl hannoveranischer Juristen überein; sollte aber in der Erörterung der vorbehaltenen Berufung und namentlich in dem Ausspruche, „daß das Interlocut des neuen (hannoveranischen) Verfahrens kein Decisivurtheil im Sinne des älteren Proceßrechtes ist" (S. 72), nicht ein Anhaltspunkt für die Annahme zu finden sein, daß man sich schließlich auch in Hannover mit den in dem überwiegend größeren Theile Deutschlands herrschenden Ansichten befreunden werde?

Dr. Ph. R. v. Harrasowsky.

Repetitorium des gemeinen deutschen Civilprocesses, von Dr. Theodor Greiner. Leipzig 1866.

Nach dem Titel und Vorwort soll diese Schrift den jungen Juristen „der Mühe des zwar bequemer scheinenden, aber Zeit und geistige Kraft raubenden Entwerfens von Compendien und Auszügen überheben," und „zur Vorbereitung für die juristischen Staats- und Doctoratsprüfungen und zum bessern Verständniß der academischen Vorlesungen" dienen. Wenn man hinzufügt, daß diese Brochure von 66 Seiten nichts anderes ist, als ein Gerippe irgend eines Compendiums über den gemeinrechtlichen Civilproceß — mit Hinweglassung der Abschnitte über Geschichte und Literatur —, so hat man zugleich den richtigen Maßstab zur Beurtheilung dieser Schrift bezeichnet. Wie groß die insbesondere hervorgehobene Präcision der Darstellung sei, möge man nach folgenden Proben beurtheilen: „Die höhere Gerichtsbarkeit, wo die Ausübung der in derselben enthaltenen Rechte der höchsten Staatsgewalt vorbehalten ist, wie z. B. dem Justizministerium" (p. 1); „Richter ist, wer sich als Vorstand eines Gerichtes mit der Leitung der beim Gericht anhängigen Rechtssachen beschäftigt, mit Fassung aller Beschlüsse des Gerichts, Beaufsichtigung der Subalternen und der Legalität des Gerichtsverfahrens" (p. 3); „Die Notare sind diejenigen rechtskundigen und vereideten Männer, welche Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, z. B. Kauf-, Darlehens-, Pacht-, Miethcontracte, Testamente, Inventarien und Wechselproteste aufsetzen, und zwar, je nach den besonderen gesetzlichen Bestimmungen, theils mit, theils ohne Zeugen" (p. 7) u. dl. — Einen Nutzen dürfte kaum Jemand aus diesem Schriftchen schöpfen; es hätte füglich ungedruckt bleiben können.

Dr. Ph. R. v. Harrasowsky.

Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Europa und Amerika, über ihre Vorzüge, Mängel und Abhilfe, von Dr. K. J. Mittermaier. — Erlangen (Ferd. Enke) 1865. VI u. 786.

In der deutschen criminalistischen Literatur sind in neuester Zeit die Schriften über die Jury und die mit derselben zusammenhängenden Fragen so überwiegend, daß man sich freuen darf, wenn einmal ein Criminalist auch einen anderen Gegenstand des Strafrechts behandelt. Von dem Altmeister der deutschen Strafrechtslehrer wird man aber doch gern ein Werk entgegennehmen, das nicht blos Zeugniß gibt von seiner ungeschwächten riesigen Arbeitskraft, sondern eben die Jury zum Gegenstand hat, für die er schon so manche Decennien seines Wirkens als Kämpfer aufgetreten ist, und dem ein bezügliches Material zu Gebot steht, wie es kein Anderer herbeischaffen kann. — Das vorliegende Werk ist ein großer Rechenschaftsbericht, basirt auf „Beobachtung der Wirksamkeit der Schwurgerichte in den verschiedenen Ländern, vorzüglich im Zusammenhange mit politischen, sittlichen und socialen Zuständen, so wie auch eingehenden Erkundigungen über die von Juristen und Bürgern gemachten Erfahrungen". Die bekannte Vorliebe des Verfassers für England und Schottland, die Abneigung gegen das französische Strafverfahren tritt auch mit diesem Werke zu Tage, aber er ist doch unparteiisch genug, um einzuräumen, daß auch das englische Verfahren so große Fehler enthalte, daß eine Vermeidung derselben Pflicht sei. Mit Bedauern wird hervorgehoben, „daß in so vielen Schriften, in denen über englisches Verfahren geurtheilt werde, die Verfasser dieses Verfahren nur mangelhaft kennen". Das ist ein sehr wahres, gelassen ausgesprochenes Wort der Verfassers. An einer andern Stelle wird eine persönliche Anschauung der Praxis in den englischen Assisen für nothwendig erklärt, um richtig über die englische Jury urtheilen zu können, und an Biener vermißt, daß er nur aus Büchern geschöpft, das englische Schwurgerichtverfahren nicht aus eigener Beobachtung gekannt habe. Eine solche Empfehlung der eigenen Anschauung ist gewiß sehr berechtigt, aber diese Anschauung müßte eine länger fortgesetzte sein und über einige Besuche des Londoner Central-Criminalgerichtshofes hinausgehen. Uebrigens sind gerade die Schriften der englischen Juristen, an denen wir oft eine principielle Behandlung des Gegenstandes vermissen, sehr zweckdienliche Wegweiser im Gebiete der Praxis. Nehmen wir z. B. das von Mittermaier für sein Herzensthema, die Abschaffung der Todesstrafe, anderweitig hervorgehobene Buch von Dymond, the law on its trial (1865). Ref. hat dieses Buch genau gelesen, aber darin kaum einen Anlauf zum Versuch gefunden, die Unrechtmäßigkeit der Todesstrafe principiell zu begründen, sondern den schlagenden Nachweis, daß dem englischen materiellen Strafrecht mehr noch als dem formellen solche Fehler ankleben, daß deshalb die Fortdauer der Todesstrafe, zumal bei der unbegreiflichen Anordnung hinsichtlich des Begnadigungsrechtes, in England schreckenerregend ist. Das Buch hat aber auch darin einen Werth, daß es manches wenig bekannte Detail für die Erkenntniß der englischen Criminalpraxis liefert, und so gewähren überhaupt die Schriften der englischen Juristen und selbst der Novellisten ein Surrogat der nur wenigen deutschen Juristen möglichen, längeren, unmittelbaren Anschauung der englischen Rechtsübung.

Es ist schwer, dem Verfasser in dem massenhaften Detail, welches er uns aus allen Ländern, in denen Schwurgerichte bestehen, vorführt, zu folgen, und seine Systematik hat uns dieß nicht erleichtert. Ueber viele Gegenstände ist an mehreren Stellen mit Wiederholung fast derselben Worte gesprochen. Oft ist es auch nicht leicht, des Verfassers wirkliche Ansicht über einen streitigen Punkt zu entdecken, da er in seinem Streben, Allen gerecht zu werden, die über den Gegenstand gesprochen haben, nach den entgegengesetzten Seiten hin Lob spendet. Es läßt sich auch aus dem vorliegenden Werke, in welchem so ziemlich alle Fragen zur Sprache kommen, die für das Strafverfahren von Wichtigkeit sind, erkennen, daß der Verfasser, wie lange er auch diese Fragen behandelt hat, doch nicht abgeneigt ist, seine Ansichten zu modificiren, wo fremde Ansichten Eindruck auf ihn gemacht haben; aber unerschütterlich hält er fest an seiner Ueberzeugung von der Lebensfähigkeit einer deutschen Jury. Referent theilt diese Ueberzeugung, und glaubt nicht, daß sie deshalb als unberechtigt erscheint, weil man behaupten könne, die Jury in Deutschland sei schon alt genug, um die Kinderkrankheiten durchgemacht zu haben und in anerkannter Jugendkraft dastehen müsse, was denn doch nicht zugegeben werden könne. Es ist nur zu verwundern und läßt auf eine gute Constitution schließen, daß sie noch lebt, wenn man erwägt, wie feindselig sie von manchen Seiten behandelt ist, und wie manche ungeschickte Heilkünstler um sie bemüht gewesen sind. — An manchen Stellen dieses Werkes, wie in seinen früheren Schriften, gibt der Verfasser eine Werthschätzung der Jury als eines volksthümlichen Rechtsinstituts und sucht auf dem statistischen Wege eine Bürgschaft für seine Ansicht. In dieser Richtung kann Referent einem Satze des Verfassers auf S. 7 nicht beistimmen. Es heißt dort: „Die statistischen Tabellen, wenigstens mancher Länder, weisen nach, daß dadurch auch die Zahl der Verbrechen vermindert wird." Belege sind diesem Satze nicht beigefügt, aber wir wollen glauben, daß sie dem umsichtigen Verfasser zur Hand sind. Allein keine statistische Tabelle, aus der wir eine Verminderung der Verbrechen oder gewisser Verbrechen in dem Zeitraume einiger Jahre in einem Lande ersehen, kann nachweisen, daß dieser Vortheil der Wirksamkeit der Jury zuzuschreiben sei, so wenig es zu einem ungünstigen Urtheil über die Jury berechtigen kann, wenn in dem Canton Zürich anerkanntermaßen seit dem mehr als zehnjährigen Bestande der Jury die Zahl der bestraften Verbrecher sehr zugenommen hat. Zur Verminderung wie zur Vermehrung der Verbrechen in einem Lande wirken immer mehrere Umstände und Verhältnisse zusammen. Nur so viel darf man dem Verfasser zugeben, daß die Geschwornen durch fortgesetzte Strenge bei einzelnen Verbrechensarten abschreckend wirken können, aber dazu ist ein sonstiges Gericht auch im Stande. Im Thurgau kamen früher gewisse Bedrückungen und Uebervortheilungen ärmerer Bauern, zumal wenn diese durch Futtermangel gezwungen wurden, Stücke Vieh zu verkaufen, von Seiten der Viehhändler vor. Diese Fälle streiften an das Gebiet des Betruges, und die Geschwornen machten wenig Umstände, indem sie regelmäßig das Schuldig aussprachen, wenn ihnen ein solcher Fall vorgelegt wurde. Das hat nun allerdings die Viehhändler von der früheren Praxis abgeschreckt.

In der Vergleichung des englischen und französischen Strafverfahrens, die

einen Haupttheil des Werkes ausmacht, hat der Verfasser natürlich die Fragenstellung eingehend behandelt und das französische System getadelt, aber gerade das schlimmste Stück dieses Systemes, wie schon früher, gelobt, nämlich die Vorschrift vom Jahre 1832, nach welcher der Präsident die Geschwornen anweisen soll, falls sie mildernde Umstände entdecken, dieß dem Schuldigverdict hinzuzufügen. Es wäre diese Vorschrift zu billigen, wenn sie nur in solchen Fällen zur Anwendung käme, in denen Umstände vorliegen, die zwar den Begriff des Verbrechens nicht aufheben, wie die Nothwehr, aber doch zu Gunsten des Angeklagten sprechen, z. B. Provocation durch den Getödteten, wo aber, die Provocation keine solche ist, wie sie der Code pénal art. 321 in enger Fassung hinstellt. Eine solche Anwendung der Vorschrift kann dazu beitragen, die Strafe mit der Größe der Verschuldung in Einklang zu bringen. Geht man aber auf das Motiv jener Novelle von 1832 zurück und überschaut man die unzähligen Fälle ihrer Anwendung, so muß sich das Urtheil darüber anders gestalten. Das Motiv war, die zu häufigen Freisprechungen zu wehren, zu denen die Geschwornen sich verleiten ließen, um das ihnen zu hart scheinende Gesetz nicht anwendbar zu machen. Es heißt aber in der pathetischen Instruction für die Geschwornen, daß „sie gegen ihre erste Pflicht fehlen, wenn sie, an die Verfügungen der Strafgesetze denkend, die Folgen in Betracht ziehen, welche die von ihnen abzugebende Erklärung in Beziehung auf den Angeklagten haben mag". Bei jener Novelle waren also Geschworne vorausgesetzt, „welche gegen ihre erste Pflicht fehlen". Statt die eingesehenen Härten des auf Abschreckung ruhenden Code pénal von 1808 zu beseitigen, machte man indirect die Geschwornen zu Gesetzgebern und gab ihnen in jener Maßregel eine Begnadigungsbefugniß. Im schlimmsten Lichte erscheint die Maßregel, wenn sie practisch wird, wo den Geschwornen der Schuldbeweis unvollständig erscheint, oder die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten zweifelhaft ist, weil dann eine außerordentliche Strafe im schlimmsten Sinne des Wortes zum Vorschein kommt; das stimmt aber sehr schlecht zu der französischen Phrase, das Gesetz von 1832 sei vorzüglich durch die Rücksicht bewirkt worden, daß man der Stimme des Volksbewußtseins einen Einfluß auf die Strafe geben wollte. Wie M. dazu kommen konnte, eine solche Einrichtung nicht blos in Schutz zu nehmen, sondern ihr auch reichliches Lob zu spenden, das läßt sich wohl nur daraus erklären, daß sie in der Ausführung oft zu einer Reaction gegen die Todesstrafe geworden ist.

Nachdem der Verfasser am Ziele seiner langen Wanderung durch die Länder, in denen Schwurgerichte bestehen, angelangt ist, werden am Schlusse des Werkes in einigen sehr gehaltvollen Capiteln die gewonnenen Resultate zusammengefaßt. „Wesen, Bedeutung und Werth der Schwurgerichte". — „Benützung der Erfahrungen über Schwurgerichte. Prüfung der gegen diese Gerichte geltend gemachten Einwendungen." — „Voraussetzungen und Bedingungen erfolgreicher Wirksamkeit der Schwurgerichte." — „Zusammenwirken der Staatsrichter und der Geschwornen. Prüfung der Vorschläge, dieß zu verwirklichen, und Verhältniß der Schöffengerichte zu den Schwurgerichten." Es ist sehr erhebend, wenn man hier sieht, mit welcher warmen Liebe der ehrwürdige Mann fortfährt, ein Thema zu behandeln, das ihm zu einer Lebensaufgabe geworden ist. E. O.

Versuch einer Geschichte des österreichischen Staats-, Credits- und Schuldenwesens. Von Carl Schwabe von Waisenfreund, Secretär der k. k. Direction der Staatsschuld ꝛc. Zweites Heft. Wien 1866, bei Carl Gerold's Sohn.

In diesem zweiten Hefte der Geschichte der österreichischen Staats-, Credits- und Schuldenwesens liefert der Verfasser eine auf documentirten Thatsachen beruhende Darstellung von zwei Creditsoperationen, die schon deshalb eingehender betrachtet zu werden verdienen, weil sie vielseitig von einander im Princip und in der Gebarung differirten, und zu lehrreichen Erfahrungen Stoff und Gelegenheit gaben. Es hat überhaupt seinen besonderen Werth, wenn man die Zweckmäßigkeit von Instituten derselben Art, die jedoch ihren Zweck auf verschiedenen Wegen zu erreichen suchen, aus den Früchten, die sie bringen, beurtheilen kann.

Die vorliegende geschichtliche Darstellung umfaßt den Zeitraum vom Jahre 1701 bis 1720/21 und behandelt ihren Gegenstand in fünf Abschnitten, von welchen der erste einen Ueberblick der Ereignisse in der Zeit vom Ausbruche des spanischen Successionsstreites bis zum Erlöschen der Quadrupelallianz liefert. Der zweite Abschnitt bespricht die Errichtung und spätere Umstaltung des Banco del Giro, der dritte die Gründung des Wiener Stadt-Banco, der vierte das Institut der Bancalität, und der letzte die Fortbildung des Wiener Stadt-Banco.

Wie in anderen Staaten, so haben auch in Oesterreich Ereignisse schwerwiegender Art zur Errichtung und Benützung von Creditsinstituten als Aushilfsmitteln in Finanzverlegenheiten geführt. Bei uns waren es namentlich die Kriege, welche den Friedensschlüssen von Utrecht, Rastadt, Baden und Passarowitz vorausgegangen waren, so wie auch die in Ungarn und Siebenbürgen in jener Zeit ausgebrochenen Aufstände, welche die Regierung bestimmten, mit Hilfe solcher Institute die erforderlichen Finanzkräfte aufzubringen.

Die erste Schöpfung dieser Art war das im Jahre 1703 unter der Benennung Banco del Giro errichtete, ein Jahr später modificirte Staats-Creditsinstitut zu Wien, dem eine Fundation von 5 ½ Million Gulden jährlich zugesichert war. Da jedoch diese Dotation zum großen Theile nicht einging, konnte auch die Wirksamkeit des Instituts in Verzinsung und Tilgung der Staatsschulden den gehegten Erwartungen nicht entsprechen, und die Regierung sah sich bewogen, die Geschäfte dieser Anstalt an die Stadt Wien zu übertragen (1705). Ein Gleiches geschah später mit der Bancalität, welches Creditsinstitut neben dem Wiener Stadtbanco in's Leben gerufen ward, nach sieben Jahren seiner Wirksamkeit aber wieder aufgegeben werden mußte. Bei dieser Gelegenheit contrahirte die Staatsverwaltung mit dem Wiener Staadtbanco in Betreff des Schuldenwesens des Staates und speciell über die Art und Größe der Bedeckung seiner Forderungen. Der gesammte Schuldenstand des Stadtbanco war damals mit dem Betrage von 53.810.885 fl. ausgewiesen.

Auf diese Art hatte der Stadtbanco nicht nur schon bei seiner Gründung ein namhaftes Passivum seines abgetretenen Vorgängers, des Banco del Giro, übernommen und die rückständigen Geschäfte desselben abzuwickeln gehabt, sondern später auch noch die Agenden der aufgelassenen Bancalität in seinen Wirkungskreis aufnehmen und in Gemäßheit seiner Statuten besorgen müssen. Es

war dieß immerhin ein Beweis, daß sich dieses Institut zu jener Zeit eines besonderen Vertrauens zu erfreuen hatte.

Die hier genannten drei Creditsinstitute sind in dem vorliegenden Werke nach ihrer Gründung, Dotirung und Activität mit Sachkenntniß geschildert. Ueberall zeigt der Verfasser Fleiß im Aufsuchen und Umsicht in Benützung der vorhandenen Urkunden, sowohl derjenigen, welche die Anstalten selbst zum Gegenstande haben, als auch derjenigen, welche die Zeitverhältnisse anschaulich machen, unter welchen dieselben für Staatszwecke zu wirken hatten.

Auf das Einzelne der literarischen Arbeit übergehend, glauben wir nur Nachstehendes besprechen zu sollen.

Ohne Zweifel wird es allgemein beifällig aufgenommen werden, daß der Autor dort, wo er von den Ansichten Bidermann's (in der Monographie „Die Wiener Stadtbank)" abweicht, auch die Gründe für seine Meinung vorzulegen nicht unterlassen hat. Es wird dieß jedenfalls zur Förderung einer richtigen Beurtheilung der in Frage stehenden Sache dienen können.

Der Streit über die Richtigkeit des Datums der im Jahre 1703 von Kaiser Leopold I. für das Institut des Banco del Giro erlassenen Ordnung ist von keiner relevanten Bedeutung. Nicht gleichgiltig ist es dagegen für die Characteristik der Zeit und der bezüglichen Personen, ob der Hofkammerpräsident, Graf Starhemberg, an dem an den Kaiser gerichteten Vortrage vom 3. Juni 1704 sich betheiligt habe oder nicht (S. 80, Anmerkung N. 146). Bidermann ist der Ansicht, daß innere Gründe die Betheiligung Starhemberg's an jenem Vortrage zweifelhaft erscheinen lassen, während unser Verfasser diesen Zweifel als gänzlich ungegründet erklärt (S. 419). Hält man sich an den Inhalt der im Archive vorhandenen Urkunden über den in Frage stehenden Vortrag an den Kaiser, und gedenkt gleichzeitig des anerkannt offenen Characters des Präsidenten der Hofkammer, so wird man nicht anstehen, die Ansicht des Verfassers dieser Geschichte als die richtige anzusehen.

Auch die, in der erstangezeigten Monographie vorkommende, Behauptung es habe die steigende Feindseligkeit der Hofkammer gegen die Stadtbank nicht wenig zur Verwirklichung des Bancalitätsprojectes beigetragen, verliert an ihrer Zuverlässigkeit, wenn man auf die dem Stadtsbanco günstige Stimmung achtet, die sich in den über die Reorganisirung der Hofkammer abgehaltenen Conferenzen kundgegeben hat (S. 214).

Die Darstellung hält sich durchgehends innerhalb der Grenzen einer geschichtlichen Behandlung des gewählten Gegenstandes, wobei es nicht auf die Beschreibung der inneren Einrichtung der Anstalt, wohl aber auf die Angabe und Nachweisung der besonderen Motive und Conjuncturen ankommt, welchen dieselbe ihre Gründung und ihren Wirkungskreis zu danken hatte. Man findet in dergleichen Nachweisungen gar Manches, das später — freilich mit einigen neuen Attributen ausgestattet — wieder an die Tagesordnung kam. — Hofr. Dr. Springer.

Ueber dieselbe Schrift spricht sich ein anderer Mitarbeiter in nachstehender Weise aus: Das Büchlein, welches Herr v. Schwabe eben publicirt hat, ist das 2. Heft eines Werkes, welches, wie es scheint, das gesammte Creditwesen Oester-

reichs in der ersten Hälfte des 18. Jahrhundertes darzustellen bestimmt ist. Die Materialien dazu sind größtentheils dem in dieser Beziehung sehr reichhaltigen Finanzministerialarchiv entlehnt. Zweifellos ist die Arbeit eine sehr schätzbare, ein wichtiger Beitrag zur Finanzgeschichte Oesterreichs, zugleich ein eben nicht erfreulicher Beweis, daß die Verwirrung, um nicht zu sagen Zerrüttung, des Finanzwesens unter der Regierung Karl VI., vor 120 Jahren, wo möglich noch größer als heut zu Tage war, daß wir es hier mehr als auf irgend einem andern Gebiete mit „ererbten Uebelständen" zu thun haben. Und diese Finanzverlegenheiten, sie fallen gerade in die Epoche der ruhmvollsten Siege, welche der große Eugen im spanischen Erbfolgekriege, später gegen die Türken erkämpfte, in die Epoche, in der Oesterreich die beiden Sicilien, Belgien, einen großen Theil Serbiens und die kleine Walachei erobert hatte. Und als alle Künsteleien der Staatslenker keine Besserung herbeiführte, wurde die „gemeine" Stadt Wien herbeigezogen, um mit ihrem Credit für den verlorenen des Staates einzutreten. Der Wiener Stadt-Banco, dieses neu geschlossene, bis im Anfange des 18. Jahrhundertes fortwirkende Organ der Vermittlung zwischen dem Staate und dessen Gläubigern, hat allerdings wesentlich zur Hebung des öffentlichen Vertrauens beigetragen. Man war sichtlich auf dem Wege der Besserung, als die unglückliche Schöpfung der s. g. Bancalität alle Geldverhältnisse des Staates, nicht minder aber auch der Privaten, neuerdings in das heilloseste Chaos stürzte. Dieses ganze seltsame Geflecht von Arrhen und Dotationen aus Zuflüßen des Staates, zum Zwecke der Zahlungsfähigkeit der Bancalität, diese complicirte Organisation des Governo, der sich durchkreuzenden Ministerial-Deputationen, die nothwendige Collision zwischen der Hofkammer und der ihr gleichgestellten Bancalität, dieses Alles muß man aus der verdienstvollen Arbeit des Herrn v. Schwabe entnehmen, um es zu glauben, um solche cameralisch-fiscalische Verirrungen und Verwirrungen für möglich zu halten. Sehr interessant ist die Notiz, daß der nachmals zu so trauriger Berühmtheit gelangte Schotte Law während einer Durchreise in Wien Rathschläge zur Regelung der Finanzen ertheilte, die man aber unbeachtet ließ. Auch sein caustisches Urtheil über die Bancalität, von der man sich Wunder versprach, während man die Elemente der Nationalöconomie verkannte, ist bei Herrn v. Schwabe nachzulesen, der auch in den Noten stellenweise die von gesundem Urtheile und frischer Beobachtungsgabe zeugenden Berichte des englischen Gesandtschaftssecretärs Saptorin an sein Ministerium mittheilt. Law moquirte sich über die Bancalität; er selbst versprach sich noch größere Wunder von seiner Mississippi-Compagnie. Wir wissen es, Louis Blanc hat eine Art Ehrenrettung des schottischen Finanzkünstlers versucht. Ein Mann von bedeutendem Talente war er zweifellos, aber eben so gewiß excentrisch, abentheuerlich in seinen Plänen. Der Wiener Bancalität fehlte es an jedem Geiste, an jeder tiefern Einsicht schon in der Anlage. Am Ende mußten doch die damaligen Geldmächte, die österreichischen und fremden Hofjuden Aushilfe bieten, und die Hilfe war selbstverständlich eine kostspielige Gewiß war Niemandem zu verargen, wenn er, der heillosen Wirthschaft gegenüber, sich, so viel eben thunlich, vor der Gefahr, Capital mitsammt den Zinsen zu verlieren, sicher stellen wollte. Wenn Herrn v. Schwabe's Werk als ein Ganzes vorliegen wird — der erste Band ist jetzt fertig —, dann

wird ein Gesammturtheil darüber nur zum Vortheile des fleißigen und gewissenhaften Verfassers ausfallen. Was bis jetzt erschienen, bürgt uns für die Gediegenheit und Verläßlichkeit des Ganzen. Dann dürfte auch der Zeitpunkt sein, größere Uebersichten und Auszüge im Zusammenhange geben zu können. Diese wenigen Zeilen sollen vorläufig nur dazu dienen, jenen Theil des Publicums, welcher sich für diese specielle Finanzgeschichte interessirt, auf das Buch aufmerksam zu machen, welches, wie es die mühsame Ansammlung des ihm zu Grunde liegenden Stoffes mit sich bringt, nur allmälig, zu Stande kommen kann.

Prof. Dr. L. Neumann.

Geschichte der deutschen Rechtsquellen, bearbeitet von O. Stobbe, 1. Abtheilung 1860, 2. Abtheilung 1864. Braunschweig, Schwetschke und Sohn.

Das Werk, dem diese etwas verspätete Anzeige gewidmet ist, erschien als erster Theil einer „Geschichte des deutschen Rechts", deren Umfang auf sechs Bände berechnet war. G. Beseler, Hälschner, Planck, Richter (†) und der Verfasser hatten sich vereinigt, um eine umfassende Bearbeitung der deutschen Rechtsgeschichte zu liefern, und so mit vereinten Kräften eine Aufgabe durchzuführen, die bekanntlich seit Eichhorn nicht mehr bewältigt worden ist. Die erste Frucht des Unternehmens wird, wie es den Anschein hat, auch die einzige desselben bleiben. Wenn es richtig ist, daß die Vollendung des großartigen Projectes nicht mehr in Aussicht steht, so wird durch diesen Umstand der Standpunkt für die Beurtheilung der „Geschichte der Rechtsquellen" wesentlich verändert. So paradox es klingen mag, dem Buche Stobbe's würde die unfreiwillige Isolirung nur zum Vortheile gereichen.

In der „Geschichte des deutschen Rechts" hätte die Arbeit des Verfassers den Platz der äußeren Rechtsgeschichte ausfüllen müssen, und auf diesen Titel kann sie im Großen und Ganzen keinen Anspruch machen. Soll eine Geschichte der Rechtsquellen zugleich äußere Rechtsgeschichte sein, so muß sie die ganze Außenseite der Rechtsbildung berücksichtigen, sie darf zumal sich nicht darauf beschränken, ein Aggregat von Ausführungen über die einzelnen Rechtsquellen zu bieten. Nicht blos jedes einzelne Rechtsinstitut, auch die äußere Erscheinungsform des Rechtes hat einen geschichtlichen Proceß durchgemacht, der in seinem Zusammenhange verstanden sein will. Welche Reihe von Entwicklungsstufen liegt nicht zwischen dem einfachen Rechtssprüchworte aus der Periode des ungeschriebenen Gewohnheitsrechts und den umfassenden Codificationen aus der an Gesetzen hyperproductiven Zeit der unbedingten Herrschaft des Naturrechts!

Wenn nun auch nicht behauptet werden darf, daß das äußere Moment der Rechtsbildung bei Stobbe gar nicht zum Vorschein käme, so fehlt doch in dieser Beziehung der leitende Faden, der das Ganze zusammenhält. Die einzelnen Rechtsquellen werden namentlich was die ältere Periode betrifft — fast nur als Erkenntnißquellen des Rechtes behandelt. In der Anordnung des Stoffes herrscht mehr Schematismus als System. Ohne wesentliche Aenderungen ließe sich zum größeren Theile der Inhalt nach alphabethisch geordneten Schlagworten gruppiren, und das Buch auf diese Weise in ein Lexicon der deutschen Rechtsquellen umwandeln. Für die „Geschichte des deutschen Rechts" müßte daher die äußere

Rechtsgeschichte trotz der gediegenen Arbeit Stobbe's erst noch geschrieben werden, sollte nicht eine wesentliche Lücke unausgefüllt bleiben. Anders stellt sich die Sache, wenn wir die „Geschichte der Rechtsquellen" als ein völlig selbständiges Werk zu betrachten haben; denn dann verliert auch der Vorwurf an Kraft, daß der Verfasser sich die Grenzen seiner Aufgabe zu eng gesteckt habe.

Von den zwei Abtheilungen, in welchen das Werk erschienen, ist unstreitig die zweite von höherem Werth. Die erste, welche die Geschichte der Rechtsquellen bis in die Mitte des 15. Jahrhunderts verfolgt, trägt einen vorwiegend compilatorischen Character. Sie hat im Allgemeinen die Resultate der Forschung, soweit sie zur Zeit ihres Erscheinens vorlagen, in sich aufgenommen, und enthält sich in anerkennenswerther Weise überflüßiger Hypothesen, im Durchschnitt nicht mehr und nicht weniger bietend, als was damals gesicherter Besitz der Wissenschafft schien. Wichtige neue Resultate, bahnbrechende Untersuchungen ist man nicht berechtigt darin zu suchen. Dieser Theil der Arbeit des Verfassers ist denn auch in der kurzen Zeit, die seit dessen Erscheinen verflossen ist, durch neuere Forschungen und zwar nicht blos in Folge neuer Quelleneditionen, rasch überholt worden, so daß jetzt schon die wichtigsten Partien einer Umarbeitung bedürften.

Höheren selbständigen Werth hat, wie gesagt, die zweite Abtheilung, die mit der Reception der fremden Rechte beginnt. Die Aufgabe des Verfassers war hier ungleich schwieriger. Wie für die Rechtsgeschichte dieser Periode überhaupt seit Eichhorn verhältnißmäßig wenig geschehen, so pflegte man auch die äußere Rechtsgeschichte dieser Zeit stiefmütterlich zu behandeln, hat man doch erst vor Kurzem recht eigentlich das Bedürfniß erkannt, sich den Proceß der Reception der fremden Rechte in seinen Einzelnheiten klar zu machen. Und gerade dieses Thema hat der Verfasser mit dankenswerther Ausführlichkeit behandelt. Mit der Schwierigkeit der Aufgabe scheinen auch seine Kräfte gewachsen zu sein. Der Abschnitt über die Aufnahme des römischen Rechts ist der gelungenste des ganzen Werkes. Nicht nur daß der Verfasser für diesen Gegenstand eine Fülle neuen Materials beibringt, kömmt hier auch die äußere Rechtsgeschichte in ihrem vollen Umfange zur Geltung. Zu betonen ist, daß Stobbe die Thatsache der Reception aus inneren, in der vorausgegangenen Rechtsentwicklung liegenden Gründen zu erklären sucht, so bereitwillig er auch dem Treiben der fremdrechtlich geschulten Juristen gegenüber als Anwalt des deutschen Rechtes aufzutreten pflegt.

Eine nähere Inhaltsangabe dürfte in Anbetracht des Zeitraums, der seit dem Erscheinen des Werkes verstrichen ist, nicht mehr am Platze sein. Desgleichen müssen wir auf eine Besprechung von Einzelnheiten verzichten, da eine Kritik des Details die zum Theil sehr umfangreichen Recensionen des Buches und die neueren in dieß Gebiet einschlagenden Arbeiten füglich nicht umgehen könnte und durch eine derartige Rücksichtnahme die Anzeige zur Abhandlung anschwellen würde. Nur die Bemerkung möge hier Raum finden, daß wir den Grund nicht einsehen, aus welchem der Verfasser in dem Abschnitte über die Codificationen (aus denen übrigens die Codices Maximilianei ihrem Character nach billig auszuscheiden wären) die österreichische Gesetzgebung mit so verhältnißmäßig dürftigen Notizen abgefertigt hat.

Stobbe's „Geschichte der deutschen Rechtsquellen" hat durchweg die litera-

rische Anerkennung gefunden, die sie verdient. Mängel und Versehen im Einzelnen durften dem Verfasser bei der Masse des Materials, das er zu verarbeiten hatte, nicht zu hoch angerechnet werden. Hat er uns zwar keine äußere Rechtsgeschichte geliefert, wie man sie von dem ersten Bande der „Geschichte des deutschen Rechts" zu fordern berechtigt wäre, so hat er doch ein bequemes und unentbehrliches Hilfsmittel für das Studium der deutschen Rechtsgeschichte geschaffen. *βγ.*

Geschichte des öffentlichen und Privatrechts des Herzogthums Schleswig, von Dr. Chr. L. C v. Stemann, vorm. Präsident des Schleswig'schen Appellationsgerichtes. Erster Thl. Kopenhagen, Gyldendal'sche Buchhandlung. Leipzig T. O. Weigel. 1866.

Es ist wohl immer eine etwas mißliche Sache, über einen „ersten Theil", namentlich wenn derselbe nicht ein für sich abgeschlossenes Ganze gibt, abzuurtheilen. Allein gewisse Grundauffassungen, eventuell Irrthümer, beherrschen auch größere Werke stets in einer solchen Weise, daß man doch bloß über den Theil redend, auch von dem künftigen Ganzen reden darf. Und so ist es hier wenigstens in der Hauptsache der Fall.

Der Herr Verfasser stigmatisirt seine ganze Auffassung bereits in den zwei ersten gedruckten Seiten seiner ganzen Arbeit in einer Weise, die für den ganzen gegenwärtigen Band maßgebend gearbeitet ist, und gewiß auch für die folgenden maßgebend bleiben wird. Er beginnt gar nicht mit Schleswig, sondern er fängt ohne Weiteres an, den „historisch-politischen" Begriff von „Südjütland" aufzustellen, aus welchem sich Schleswig gebildet hat, natürlich wohl auch in seiner künftigen Bildung noch immer als ein Theil Südjütlands oder als das eigentliche Südjütland dastehend. Unserer Meinung nach hätte der Herr Verfasser wohlgethan, indem er so ohne Weiteres in den eigentlichen Kern der Sache hineingriff, eben mit der Frage zu beginnen, ob denn nicht vielmehr der Begriff oder Name Südjütland, dessen zeitweise Ausdehnung zu allen Zeiten über das ganze Herzogthum Schleswig mehr als zweifelhaft ist, seinerseits selbst vielmehr nur ein Verhältniß bedeutet, das denn doch am Ende den Ansichten einer gewissen Partei sehr unbequem sein würde. Uns will es in der That scheinen, daß nach den ältesten Angaben nicht Schleswig Südjütland, sondern eben so gut Jütland „Nordangeln" heißen sollte. Ist es doch gewiß, daß die Jüten mit den Angeln in den ältesten Zeiten eine Stammesverwandtschaft zeigen, von denen das bekannte Gesetz des Königs Ine sagt: semper efficiuntur populus unus et gens una. Der Verfasser mußte denn doch wissen, daß die Dänen im Verhältnisse zu jenen Zeiten späte Einwanderer sind, und daß noch gegenwärtig so tiefe Unterschiede zwischen den Dänen und Jüten bestehen, daß auch ein oberflächlicher Beobachter sie keinen Augenblick übersehen kann. „Südjütland" ist ein sehr junger Name, erst zu einem Schlachtruf geworden in der schleswig-holsteinischen Frage. Es erweckt kein günstiges Vorurtheil, durch Gebrauch dieses Namens gleich Anfangs die ganze Schleswig'sche Volks- und Rechtsbildung als eine „dänische" hinzustellen, Angeln, Jüten und Dänen in jener beliebten Weise zu einem Völkerbrei zu ver-

schmelzen, und darauf dann die Consequenz zu bauen, daß auch jetzt noch die Basis der ganzen Geschichte Schleswigs eine dänische sei, während sie in Wahrheit eine anglische ist. Wir bewundern, um uns gelinde auszudrücken, den Herrn Verfasser, der auf Seite 2 die Jüten und Angeln als ein Volk anerkennt, und auf Seite 3 ohne Weiteres die südlichen Grenzen der dänischen Bevölkerung bis nach Eckenförde hin ausdehnt, und dabei ganz naiv Beda 1. 15 anführt, nach welchem zwischen den Jüten — vorausgesetzt, daß dieselben Dänen waren — und den Sachsen (also der Linie der Schlei) das ganze Land der Angeln lag, deren Hauptstadt dann Schleswig gewesen (Cithelwerd Chronic.). Außerdem war der ganze Westen des Herzogthums Schleswig, wie der Verfasser selbst anerkennt, bis an die Trenne nicht dänisch und nicht sächsisch und nicht englisch, sondern friesisch. Nach den eigenen Angaben des Herrn Verfassers reducirt sich daher sein Südjütland auf denjenigen Theil Schleswig, der vom Flensburger Meerbusen und der Tondernschen Mark nördlich liegt, also auf den dritten Theil des gegenwärtigen Herzogthums Schleswig. Wir geben ja gerne zu, daß das Werk des Herrn Verfassers, wie er selbst sagt, nicht aus einer gelehrten und fachmännischen Behandlung der Quellen, sondern aus gelegentlichen Aufzeichnungen, aus alten (?) Gerichtsprotocollen entstanden ist, und daher wenigstens in den obigen Punkten nicht auf den Werth wissenschaftlicher Forschung Anspruch machen kann. Allein wenn derselbe betont, daß die größte „Masse (?) der hieher gehörigen Schriften, sich von vorneherein als Partei- oder Tendenzschriften zu erkennen geben, bei denen eine wirkliche wissenschaftliche Richtung dem Zwecke untergeordnet ist", so muß er uns gestatten, zu bemerken, daß es bei allen horror vacui von Tendenzmacherei im Grunde keine ärgere gibt, als die, welche die entscheidende Frage gar nicht mehr als solche acceptirt, sondern sie ganz einfach als eine abgemachte Sache hinstellt — hier z. B. ohne Weiteres mit dem erst im 10. oder 11. Jahrhunderten entstehenden, und später vielfach ausgebreiteten Namen „Südjütland" beginnt, ganz Angeln und Friesland, die zwei Drittheile des Herzogthums ausmachen, als Annexen des jütischen Theiles hinstellt, und dann mit einer fast unglaublichen Naivetät, nachdem er die Angeln, Friesen und Sachsen (bis zur Schlei) als Nichtjütland aufgeführt, die Stellen höchstpersönlich citirt hat, in welchen jene Völker von den Jüten sich scheiden, zu dem Satze gelangt. „Wie bereits früher bemerkt, erscheint das jetzige Herzogthum Schleswig in dieser Periode (nämlich wahrhaftig vom Ursprunge der Geschichte bis Svend Estrithson!) durchaus als ein Theil Jütlands ohne weitere Unterscheidung" (p. 14). Dann fährt derselbe Herr Verfasser (p. 19) fort: „Der District zwischen Eider und Schlei erscheint von Anfang an als ein besonderer abgesonderter District — und als ein solcher abgesonderter District kommt auch später diese terra inter Cliam et Eidoram noch länger vor." Es ist immer gut, wenn Jemand, der für keine „Partei", wie der Herr Verfasser, sondern blos für die „Wissenschaft" schreibt, gelegentlich über zwei Anfänge disponiren kann, — einen Anfang der Thatsachen, und einen seiner Ansichten über dieselben. Indessen wollen wir uns bei diesem schätzbaren Beitrage zu der Art und Weise, wie das Parteiwort „Senderjylland" sich in Ermangelung einer historischen eine andere eigene Geschichte gemacht hat, nicht länger aufhalten. In historischen

Quellen ist der Verfasser überhaupt nicht stark; vielleicht werden die folgenden Bände aus den „alten Gerichtsprotocollen" mehr Verständniß des wirklichen Rechtssystems Schleswigs schöpfen, als der Verfasser aus den neuen Arbeiten über das alte Recht und die alte Geschichte gewonnen hat. Im Uebrigen geht die Arbeit des Verfassers dahin, in der gewöhnlichen Weise noch die historischen Perioden, die Hauptcategorien des Rechtslebens, nacheinander darzustellen. Wir müssen dabei bemerken, daß der Verfasser, so viel wir sehen, nur die bereits durch deutsche Wissenschaft gewonnenen und gestalteten Materialien benützt, und gar wenig Eigenes beigebracht hat; es ist das Ganze ein Buch, wie ihrer so viele gemacht werden, zusammengeschrieben aus den bereits geschriebenen. Wir wundern uns namentlich, daß der Verfasser auf das Städterecht so wenig Rücksicht genommen hat. Nach den höchst gründlichen Untersuchungen, namentlich über das Lüb'sche Städterecht, wie wir sie besitzen, wäre es denn doch wohl mehr als blos angezeigt gewesen, das Verhältniß Lübeck's und seines Rechts der höchst magern Aufzählung — Darstellung kann man denn das doch nicht nennen — des Städtewesens bis zum 14. Jahrhundert, auf drei, sage drei Seiten! — zum Grunde zu legen. Aber von einem solchen Verständnisse der bürgerlichen Rechtsbildung ist hier keine Spur zu finden; hat er doch auch dem ganzen Adel nicht mehr als Eine Seite gewidmet, und für die Beurtheilung des Adels keine andere Quelle als das Jüt'sche Low, das sich grundsätzlich mit demselben nur beiläufig beschäftigt, zu finden gewußt. In hohem Grade dürftig ist ferner die Behandlung des Jüt'schen Low, (p. 68,) was uns um so mehr wundert, als wie gesagt, dasselbe seine einzige Quelle ist. Was galt denn damals bei den Friesen, was in der schleswig'schen Mark trans Eidoram — und was sagen denn die, doch von ihm selbst citirten Stadtrechte über die rechtlichen Grundverhältnisse? Und ist es ihm bei seinen Südjütenthum in Schleswig nie ernstlich aufgefallen, daß Thor Degn nur eine Quelle für Schleswig, und nicht für Jütland war? Das, was der Verfasser übrigens aus Strafrecht, Familienrecht, Erb- und Verkehrsrecht wirklich anführt, ist gar nichts anderes, als eine Paraphrase des Inhalts des Jüt'schen Low, bei der die Beziehung auf deutsches und altgermanisches Recht beinahe grundsätzlich vermieden und auf das allerdürftigste beschränkt worden ist. Wer sollte glauben, daß z. B. von den „Gilden" gar keine Rede ist, obwohl die Gilden in der südjütischen Stadt Schleswig den dänischen König Niels seiner Zeit erschlugen, weil er den „südjütischen" Herzog Knud durch seinen Sohn meuchlings hatte ermorden lassen? Es ist daher auch hier fast keine Kritik möglich. Wenn der Verfasser auch kein Franzose ist durch die lebendige oder schöne Form seiner Darstellung oder durch irgend welche eigene Auffassungen verrathenden Bemerkungen, so ist er es doch durch dies Nichtvorhandensein irgend welcher zweifelhafter Punkte — z. B. über das Grundbesitzrecht der Friesen, von dem er nichts weiß, weil sein Jüt'sches Low nichts davon sagt. Der Verfasser weiß von ihnen nur zu sagen: „Sie genoßen ihres eigenen Rechtes und voller Autonomie — höchstens subsidiär erkannten sie das Jüt'sche Low als Rechtsquelle." Dürfen wir bei dieser Gelegenheit den Verfasser fragen, woher er das weiß? Er würde uns sehr verbinden, wenn er diese „wissenschaftliche" Behauptung uns auch beweisen wollte. In Friesland war kein südjüt'sches Recht; wir wundern uns fast über das Geständniß, das auch die Inseln

Fehmern dasselbe nicht hatten (p. 202. 203). Die neuren Stadtrechte sind ohne irgend welchen historischen und organischen Zusammenhang mit den alten (p. 199) ff. und ohne Aufführung ihres rechtlichen Inhaltes sehr kurz aufgeführt; keine Spur von selbständiger Benützung derselben, und zu unserm großen Erstaunen auch im 14. Jahrhundert keine Beziehung zum Lüb'schen Stadtrechte. Wie ließ aber der Herr Verfasser sich die beachtenswerthe Bemerkung entschlüpfen, „daß das Flensburger Stadtrecht „später" (wann?) auch in Apenrade angewendet und zu diesem Behufe eine plattdeutsche Bearbeitung desselben veranstaltet sei." 1284 — da das Jüt'sche Low 1240 gegeben ward? Hatte denn schon damals dieser Theil von „Südjütland" schon so viel von seiner „südjüt'schen" Sprache vergessen, daß man eine „dänische" Uebersetzung nicht gebrauchen konnte? Und fiel das dem Herrn Verfasser bei seiner Ausdehnung der Gültigkeit des Jüt'schen Low (p. 198) gar nicht auf? — Doch wir wollen nicht über Einzelnheiten in Discussion eingehen; es ließen sich sonst gar viele Punkte, namentlich in der Benützung der Stadtrechte, hervorheben, die der Verfasser, obwohl sie fast alle auf einer ganz anderen Grundlage entstanden sind, dennoch ohne Weiteres mit dem Jüt'schen Low zusammenwirft. Wir schließen mit der Hoffnung, daß derselben in den folgenden Theilen nicht mehr blos Excerpte aus anderen Büchern, namentlich aus seinen großen Vorgängern Falk für Schleswig-Holstein und Rosenvinge für Dänemark, sondern selbständige und vorurtheilsfreie Arbeiten und Untersuchungen darbieten möge. L. Stein.

Abhandlungen aus dem österreichischen Staatsrechte, von Dr. Wenzel Lustkandl. Wien 1866.

In einer Zeit, wo noch die Fundamentalprincipien unserer Staatsverfassung in Frage stehen, ist jede größere systematische Arbeit auf dem Gebiete des dogmatischen Staatsrechtes unmöglich. Desto eifriger bemächtiget sich die Literatur der politischen Tagesfragen, welche in öffentlichen Blättern und Brochüren nach den verschiedenen Parteistandpunkten beleuchtet und ventilirt werden. Unter obigen brennenden Tagesfragen absorbirt die ungarische Frage, nämlich die Regelung des staatsrechtlichen Verhältnisses Ungarns zum Gesammtstaate unstreitig das meiste Interesse; wohl gegen hundert Schriften haben sich im Laufe der letzten sechs Jahre an dieser Frage versucht, deren Mehrzahl aber weder auf practischen noch wissenschaftlichen Werth Anspruch machen kann, und daher durch die Macht nachfolgender Ereignisse bereits einer wohlverdienten Vergessenheit anheimgefallen ist. Zu den wenigen Arbeiten, welche diese schwierige Frage mit der Sonde der Wissenschaft vom Standpunkte des Gesetzes und der Geschichte behandeln und auf ernsten und gründlichen Forschungen beruhen, gehört das obgenannte Werk des hierortigen Privatdocenten Dr. Lustkandl.

Das vor drei Jahren erschienene „ungarisch-österreichische Staatsrecht" desselben Verfassers, in welchem der Nachweis der Existenz einer engeren Realunion zwischen Ungarn und Oesterreich, und zwar aus den ungarischen Gesetzen selbst versucht wurde, erfuhr bekanntlich von Seite des ungarischen Staatsmannes Franz von Deak in seinen „Bemerkungen über Wenzel Lustkandl's ungarisch-

österreichisches Staatsrecht" eine herbe Kritik. Diesen „Bemerkungen" und den in den Actenstücken des Landtages vom Jahre 1861 enthaltenen Ansichten Deak's tritt Lustkandl in der vorliegenden Arbeit, welcher er vielleicht im Hinblicke auf Schrötter den Titel „Abhandlungen aus dem österreichischen Staatsrechte" gab, mit scharfen Waffen entgegen. Die Schrift zerfällt zunächst in zwei größere Abhandlungen, denen eine umfangreiche Einleitung und ein kurzes, aber interessantes Vorwort vorausgehen. — Der Verfasser hält es für nothwendig, in diesem Vorworte die Existenz eines österreichischen Staatsrechtes, und somit die Richtigkeit des Titels seiner Arbeit, welche sich eigentlich mit dem ungarischen Staatsrechte beschäftiget, nachzuweisen, desgleichen versucht er auch, den Begriff des österreichischen Staatsrechtes festzustellen. Die Existenz eines österreichischen Staatsrechtes dürfte übrigens von Niemandem noch geleugnet worden sein, denn die Existenz gewisser gemeinsamer staatsrechtlicher Dogmen, also das Vorhandensein eines jus publicum austriacum commune wird von allen Parteien, wenn auch in verschiedenem Umfange, anerkannt, und im weiteren Sinne läßt sich ja auch unser particulares Staatsrecht, z. B. das ungarische, unter den allgemeinen Begriff des österreichischen Staatsrechtes subsumiren, so gut wie man das in der westlichen und östlichen Hälfte der Monarchie geltende particulare Privatrecht im weiteren Sinne als österreichisches Privatrecht bezeichnen kann. Der Verfasser wird aber zugeben, daß in einem Staate, wo die meisten staatsrechtlichen Verhältnisse nicht durch gemeinsame, das ganze Reich beherrschende Rechtsnormen, sondern durch Particularrechte geregelt sind, wo überhaupt zwei nach ihrer Entstehung und nach ihren Principien wesentlich verschiedene Rechtssysteme nebeneinander bestehen, besondere Benennungen für diese particularen Staatsrechte wohl am Platze sind. Dieser Umstand ist auch für die Methode in der wissenschaftlichen Behandlung des österreichischen Staatsrechtes maßgebend, und rechtfertiget specielle Bearbeitungen unseres particularen Rechtes, da bei der vorwaltenden Verschiedenheit der principiellen Grundlagen einer einheitlichen systematischen Bearbeitung des gesammten staatsrechtlichen Stoffes unüberwindliche Hindernisse im Wege stehen. — In der 7? Seiten umfassenden Einleitung spricht sich der Verfasser über die Art des Vorganges zur Perfection der constitutionellen österreichischen Reichsverfassung so wie über das kaiserliche Manifest und Patent vom 20. September 1865 in eingehender Weise aus. Er versucht vor Allem nachzuweisen, daß durch die Macht der Verhältnisse ein unbedingtes Zurückgehen auf den Standpunkt der 48er Gesetze, so wie eine volle Reactivirung derselben zur Unmöglichkeit geworden sei, und daß bei starrem Festhalten an den Buchstaben des Gesetzes ein ungarischer Landtag vollkommen gesetzlich gar nicht mehr einberufen werden könnte. Da nun Niemand diese unmögliche Rechtscontinuität mit allen ihren Prämissen und Consequenzen zu verwirklichen im Stande ist, so soll über die Ereignisse der letzten Jahre hinweg eine Brücke geschlagen werden, welche in der wahren und wirklichen Rechtscontinuität besteht, und nur das als Recht behauptet, was wirklich und unanfechtbar zu Recht besteht, und das für alle Theile Nothwendige oder nicht allgemein Anerkannte und Geordnete als Object gemeinsamer Verhandlungen und gegenseitiger Zugeständnisse betrachtet. Diese Brücke führt den Verfasser auch zur Besprechung des Septemberpatentes, dessen staatsrechtliche Gil-

tigkeit und dessen Inhalt einer genauen Analyse unterzogen werden. Ob sich seine Auslegung des Patentes und namentlich die von ihm versuchte Lösung des bekannten Räthsels von den „legalen Vertretern" als richtig bewähren werden, kann erst die Zukunft lehren.

Dieser Einleitung folgt die erste Abhandlung über die Adressen des ungarischen Landtages vom Jahre 1861, welche vorwiegend polemischer Natur und gegen Franz v. Deak's Theorien gerichtet ist. Die Polemik lehnt sich in vier Abschnitten an Deak's Rede vom 13. Mai 1861, an die beiden Adressen des 1861er Landtages und an das königliche Rescript vom 21. Juli 1861. Der Inhalt einer 221 Seiten umfassenden Polemik, welche sich zumeist an den Wortlaut den oberwähnten Actenstücke anschließt, läßt sich nicht in den Raum weniger Zeilen einengen. Die vom Verfasser schon in seinem früheren Werke verfochtene Existenz einer engeren Realunion der östlichen und westlichen Reichshälfte bildet auch in dieser Abhandlung den rothen Faden, um den sich der ganze Apparat von historischen und juridischen Argumenten gruppirt. Für ein näheres Eingehen in die eigentlichen Streitpunkte wäre hier nicht der geeignete Ort. Man mag übrigens über den Cardinalpunkt der Streitfrage was immer für einer Ansicht huldigen, in Einem Punkte dürfen alle Leser mit Deak übereinstimmen; seine Klage über die Weitschweifigkeit und die Wiederholungen in Luftkandl's Werken ist allerdings gegründet. Auch in diesem Buche wird oft dieselbe Behauptung mit allen ihren Beweisstellen, dieselbe Widerlegung mit allen ihren Gegengründen an mehreren Stellen mit gleicher Weitläufigkeit wiederholt. Ebenso übereinstimmend werden andererseits alle unbefangenen Leser anerkennen, daß aus seinen Schriften wahre innere Ueberzeugung spricht.

Auch die zweite Abhandlung, welche von der Unbedingtheit, Einheitlichkeit und Realität der pragmatischen Sanction handelt, ist vorwiegend polemischer Natur. Der Beweis, daß die in den ungarischen Gesetzen enthaltene pragmatische Sanction mit den im Jahre 1713 veröffentlichten Staatsacten in allen wesentlichen Punkten und namentlich in Hinsicht der Erbrechtsbestimmungen vollkommen übereinstimmend sei, füllt die erste Hälfte, der Nachweis, daß die pragmatische Sanction eine engere Realunion der österreichischen Länder begründet habe, füllt die zweite Hälfte dieser Abhandlung aus. Schließlich liefert der Verfasser eine detaillirte Uebersicht der seit dem Anfange des 16. Jahrhundertes stattgefundenen Vereinigungsacte der deutschen, böhmischen und ungarischen Länder Oesterreichs, um an der Hand der Geschichte nachzuweisen, welche Rolle „die Einigungen und Verständigungen" im österreichischen Staatsrechte schon während der früheren Jahrhunderte gespielt haben. Als Anhang folgen die Documente der pragmatischen Sanction nach ihrem vollen Wortlaute. — Schon diese historischen Deductionen, welche auf eingehenden wissenschaftlichen Forschungen beruhen, würden allein genügen, dem Buche einen bleibenden Werth in der Literatur des österreichischen Staatsrechtes zu sichern, selbst wenn manche Voraussetzungen und Combinationen des Verfassers durch die unberechenbaren Ereignisse der Zukunft eine gegentheilige Lösung finden sollten. Die Wissenschaft wird ihm deßhalb gewiß keinen Vorwurf machen. P.

Oesterreichische Vierteljahresschrift

für

Rechts- und Staatswissenschaft.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Haimerl,

k. k. Hofrath und o. ö. Professor der Rechte an der Universität in Wien.

Achtzehnter Band.

Wien 1866.

Wilhelm Braumüller,

k. k. Hof- und Universitätsbuchhändler.

Inhalt des XVIII. Bandes.

Seite

I. Die Erbſteuer in Oeſterreich. Vom Herrn Dr. A. Ch. Michel, ordentl. öffentl. Profeſſor in Graz 1

II. Auch Einiges über die Anſprüche aus verjährten oder präjudicirten Wechſeln. Vom Herrn Leo Geller in Kaluſz (Galizien) . . . 13

III. Die ſtaatliche Gleichſtellung der Confeſſionen in ihrem Weſen und in ihrer berechtigten Ausſicht in Oeſterreich. Vom Herrn Dr. Theod. Fachmann, k. k. ordentl. öffentl. Profeſſor der Rechte in Wien . . 24

IV. Die Lehre von der diebiſchen Abſicht (dem animus lucri faciendi). Vom Herrn Dr. Auguſt Geyer, k. k. ordentl. öffentl. Profeſſor der Rechte in Innsbruck 56

V. Verſuch, die Schwierigkeiten der L. 7. §. 1. D. soluto matr. 24. 3. durch Conjecturalkritik zu heben. Vom Herrn Dr. Friedrich Prinkmann 87

VI. Die verſchiedenen Arten des canoniſchen Proceſſes und der Einfluß dieſer Verſchiedenheit auf die canon. Beweistheorie. Vom Herrn Dr. Karl Groß, Juriſtenpräfecten im Thereſianum und Privatdocenten an der Wiener Univerſität 123

VII. Bemerkungen zum Entwurfe des neuen gemeinſ. deutſchen Geſetzes über Schuldverhältniſſe. Vom Herrn Dr. Joſef Ritter von Heim, k. k. Landesgerichtsrathe in Prag 136

VIII. Ueber berggerichtliche Schätzungen. Vom Herrn Dr. Johann Swoboda, k. k. Kreisgerichtsrathe in Eger 165

IX. Die Tiroler Landesordnung v. Jahre 1526, auch genannt die Bauernlandesordnung. Vom Herrn Dr. J. Oberweis, Profeſſor der Rechte an der Univerſität Innsbruck 174

Seite

X. Die Wasserrechts-Lehre. Vom Herrn Dr. **L. Stein**, ordentl. öffentl. Professor der Rechte in Wien 227

XI. Das künftige Wasserrechtsgesetz für Oesterreich mit aphoristischen Bemerkungen. Vom Herrn Dr. **Karl Jicinsky** 268

XII. Civilistische Versuche. Vom Herrn Dr. **Ferdinand Zródłowski**, Privatdozenten in Lemberg 293

Literaturblatt: Literarische Anzeigen über rechts- und staatswissenschaftliche Schriften . . . . . 1—54

Anhang. Stein's Verwaltungslehre 55

I.

Die Erbsteuer in Oesterreich.

Vom Herrn Dr. A. Th. Michel, ordentl. öffentl. Professor der Rechte in Graz.

Zu Anfang des vorigen Jahrhunderts stand es mit Oesterreichs Finanzen bekanntlich sehr schlecht. Die Regierung hatte selten Geld und wenig Credit. Das Steuerwesen mit seinen provinciellen Sonderheiten war in vielen Beziehungen mangelhaft; das Einkommen aus ordentlichen und außerordentlichen Abgaben der Unterthanen wie jenes aus den damals noch umfangreichen Domänen zeigte sich gegenüber den durch wiederholte Kriege enorm gesteigerten Bedürfnissen ungenügend, überdieß schwankend und unsicher; die Landstände, welche das Steuerbewilligungsrecht übten, machten Schwierigkeiten, so oft sie von der Regierung zu neuen oder höheren Contributionen und zur Vermittlung von Anlehen aufgefordert wurden. Unter so mißlichen Umständen bestieg Maria Theresia den Thron ihrer Väter, den sie alsbald in neuen Kriegen mit mächtigen Feinden vertheidigen mußte und nur mit großen Opfern, mit dem Verluste einer kostbaren Provinz erhalten konnte. Der gefahrvolle, den Ruin des Reiches drohende Zustand der Finanzen nöthigte zu durchgreifenden Reformen der Verwaltung und Gesetzgebung, zur Einführung neuer Steuern, zur Regelung des Staasschuldenwesens und damit auch zu einer mehr einheitlichen Umgestaltung und Centralisation der Finanzwirthschaft. Die Erfolge des hierauf seit der Mitte des 18ten Jahrhunderts gerichteten Bemühens waren glänzend, denn niemals, früher oder später, stand es mit Oesterreichs Finanzen und mit seinem

Credite im In- und Auslande besser, als in den letzten Jahren der Regierung der Kaiserin und unter ihrem Sohne Josef.

Unter den neuen Abgaben obenan und in nächster Beziehung zu den Staatsschulden steht die während des siebenjährigen Krieges in den k. böhmischen und österreichischen Provinzen eingeführte Erbsteuer, deren Nothwendigkeit und specielle Widmung die Kaiserin selbst in einer bedeutungsvollen Ansprache an ihre Völker dargelegt hat.

„Es ist jedermann ohne weitere Anführung bekannt" — sagt das kais. Patent ddto. 6. Juni 1759 —, „in was für einen unvermutheten gefährlichen Krieg Wir nothgedrungen verfallen sind, nachdem der König von Preußen im Jahre 1756 auf einmal mit einem mächtigen Kriegsheere erschienen und, ehe Wir Uns noch in die gehörige Gegenverfassung haben setzen können, in Unser Erbkönigreich Böhmen eingedrungen ist, auch was selber in der weiteren Folge des Krieges für Unheil und Schaden in Böhmen, Mähren und Schlesien angerichtet hat. Die zur Beschützung der Länder Uns abgenöthigte Gegenwehr hat in den verflossenen drei Jahren bei dem abgewechselten Glücke der Waffen einen unermeßlichen Geldaufwand erfordert, und der Schaden ist nicht weniger beträchtlich, welchen Wir durch wiederholte feindliche Einfälle und Ueberziehung Unserer Länder erlitten haben, auch was Uns hierbei an den gewöhnlichen Landeseinkünften entgangen ist. Wir haben diese schweren Kriegsunkosten, über die dahin gewidmeten gewöhnlichen Landesabgaben und verschiedenen aus Unserem eigenen Camerale gemachten Beiträge, bisnunzu mehrentheils mit den durch Vermittlung und Gutsprechen Unserer getreuesten Landstände aufgebrachten in- und ausländischen Darlehen bestreiten lassen, und sind auch ferners gnädigst geneigt, Unsere Länder und Unterthanen nach Möglichkeit zu verschonen, folglich die weiteren Erfordernisse mehrentheils durch Darlehen aufzubringen. Weil Uns aber anbei tief am Herzen liegt, womit diese neue Schuldenlast wieder getilgt und Unsere getreuesten Landstände von ihrer übernommenen Verbindlichkeit entledigt werden mögen, so haben Wir auf verschiedene Mittel und Vorschläge fürdenken lassen, durch welche ohne Beschwerung des gemeinen Wesens, auch ohne Hemmung und Behinderung der ohnedieß hochgestiegenen Landesanlagen und Cameralabgaben, ein ergiebiger neuer fundus hergestellt werden möge, diese zu dem fürwährenden Kriege aufgenommenen oder noch aufnehmenden Darlehen nach und nach abzustoßen."

In der That waren dem hohen Rathe der Krone von Berufenen und Unberufenen die verschiedenartigsten Vorschläge, um der Finanz-

Calamität abzuhelfen und den Krieg fortführen zu können, unterbreitet, mancherlei im Auslande schon früher versuchte Creditsoperationen und Steuerobjecte empfohlen, mitunter auch Finanzpläne von sehr zweifelhaftem Werthe vorgelegt worden [1]). Daß nun zunächst eine Erbschaftssteuer zu dem oben bezeichneten Zwecke ausgewählt wurde, motivirt jenes Patent selbst damit, daß „die Armen niemals, die Vermöglicheren aber nur damals zu einer Abgabe verhalten werden, wenn ihnen so zu sagen ein unvermuthetes Glück zustößt, und sie zu einer fremden erträglichen Erbschaft gelangen, da es ihnen nicht schwer fallen kann, aus diesem neuen Zuwachs ihres Vermögens eine mäßige Abgabe abzureichen und dem gemeinen Wesen zu obbesagter billigster und gerechtester Absicht aufzuopfern."

Die neue Steuer betrug in der Regel 10 % des reinen (d. h. nach Abzug der Schulden und Kosten erübrigenden) Vermögens, welches einer weltlichen oder geistlichen Person oder Communität als Erbschaft, Legat oder Geschenk mortis causa oder inter vivos zufiel. Doch waren einerseits gewisse Befreiungen (z. B. beim Uebergange des Vermögens an nahe Verwandte, an den Ehegatten, an fromme Stiftungen u. dgl.) zugestanden, andererseits mancherlei Vermögensstücke (z. B. die Hauseinrichtung, der Lebensmittelvorrath für ein Jahr u. m. a.) freigelassen. Auch sollte die Erbsteuer mit nur 5 % bemessen werden, wenn die Verlassenschaft mit Laudemien, Mortuar und ähnlichen „Gebührnissen" beschwert, oder wenn das Abfahrtsgeld zu zahlen war. Damit jedoch das in todter Hand befindliche Vermögen nicht steuerfrei bleibe, wurde den geistlichen Beneficien und Corporationen ein Erbsteuer-Aequivalent mit 3 % des jährlichen Nutzens ihrer, einer Besitzveränderung nicht unterliegenden Güter auferlegt, welches aber hie und durch Uebereinkommen pauschalirt wurde [2]).

Das Erträgniß der Erbsteuer und ihres Aequivalents hatte, wie gesagt, eine specielle Widmung. Es sollte einzig und allein zur allmäligen Tilgung der während des Krieges von den Provincial-Ständen für Rechnung des Staates contrahirten Schulden verwendet werden, während für die regelmäßige Verzinsung dieser so-

[1]) Sehr interessant sind die im Monate Juli 1759 gedruckten „Finanzvorschläge zu Fortsetzung des gegenwärtigen Krieges" von Ludwig Grafen von Zinzendorf und Pottendorf, geh. Rath, Kämmerer und Assessor des Directoriums in publicis et commercialibus.

[2]) So z. B. in Oberösterreich (Kundmachung der Landeshauptmannschaft ddto. 25. Juni 1775).

genannten ständischen Aerarial-Obligationen in anderer Weise vorgesorgt wurde. Das citirte Patent versprach feierlich die Aufhebung der Steuer nach Erreichung jenes Zweckes, jedoch mit dem ausdrücklichen Vorbehalte, daß — wenn ein oder das andere Land seine Schuld durch die reicher eingeflossene Erbsteuer früher getilgt haben würde — dieselbe dort doch noch erhoben und den anderen Provinzen verhältnißmäßig zugetheilt, daß also, „gleichwie diese Abgabe in allen Ländern zugleich eingeführt wird, solche auch in allen Ländern zugleich wieder aufgehoben werden soll".

Die Bemessung und Einhebung der Steuer in den gesetzlich bestimmten Fällen war Anfangs den Landständen allein überlassen, später aber wurde die Bemessung den politischen Landesstellen und im Recurswege der Hofkanzlei zugewiesen, und unter Umständen auch die Betretung des ordentlichen Rechtsweges zugelassen. In der Execution wider säumige Parteien sollten die den landesfürstlichen Steuern überhaupt eingeräumten Vorrechte gelten, und die nöthige Assistenz von allen „hohen und niederen Stellen, Gerichten und Abhandlungsinstanzen, auch geistlichen Obrigkeiten", unweigerlich geleistet werden. Namentlich waren die Abhandlungsbehörden verpflichtet, dafür zu sorgen, daß das ganze steuerpflichtige Vermögen ausfindig gemacht, der Billigkeit nach geschätzt und in Anschlag gebracht werde. Auf die Verheimlichung war die Strafe der Confiscation zum Besten der landschaftlichen Schuldencassa angedroht, dem Denuncianten aber nebst Geheimhaltung seines Namens ein Drittheil des confiscirten Werthes versprochen.

Kaiser Josef II. befahl die Einführung der Erbsteuer in Tirol (Patent ddto. 1. December 1785) und in dem neu erworbenen Galizien (Patent ddto. 31. August 1786), „weil es eine Forderung der Billigkeit sei, daß — da der Vortheil des Aufwandes zur Aufrechthaltung des öffentlichen Wohlstandes auf sämmtliche Erbländer zurückfällt — dieser Aufwand von den sämmtlichen Ländern nach Verhältniß ihrer Kräfte gemeinschaftlich getragen werde". Uebrigens waren die für diese beiden Provinzen erlassenen Vorschriften den Steuerpflichtigen in manchen Puncten günstiger, als in den anderen Ländern. Nirgends aber scheint die Bevölkerung sich mit dieser mehr weniger vexatorischen Abgabe befreundet zu haben, welche immer noch eingehoben wurde, als sie bereits — wie Viele glaubten — den ursprünglichen Zweck der Schuldentilgung erfüllt hatte. Als nun nach dem Tode Josef's II. die Landstände durch eigene Deputationen dem neuen Kaiser allerlei Klagen und

Beschwerden über die ohne ihre Zustimmung vorgenommenen Neuerungen vortrugen, wurde auch von mehreren Seiten der Erbsteuer gedacht und um deren Aufhebung gebeten. Den böhmischen Ständen ward diese Bitte für dießmal abgeschlagen (Hofdecret ddto. 28. October 1791); dagegen erwirkten die vorder-österreichischen Stände, daß die Erbsteuer „zu einiger Erleichterung des Landes" nach den günstigeren Bestimmungen des für Tirol erlassenen Patentes eingehoben werden sollte (Hofdecret ddto. 27. September 1790), und nur in Tirol wurde das Stempel- und das Erbsteuergefälle gegen dem ganz aufgehoben, daß die dortigen Stände die unter ihrer Haftung für das l. f. Aerar während des letzten Krieges contrahirte Schuld von 227.314 Gulden übernahmen, die hierüber ausgefertigten Aerarial-Schuldverschreibungen zurückstellten und die nach dem 1. Mai 1792 verfallenden Interessen bezahlten (Hofdecret ddto. 18. December 1791). So blieb denn die Erbsteuer, mit Ausnahme dieses einzigen Falles, in den deutsch-slavischen Erbländern auch unter der Regierung des Kaisers Franz aufrecht; ohne ausdrückliche Erklärung war sie im Laufe der Zeit zu einer ordentlichen Einnahme des Staates auch dort geworden, wo sie noch immer von den Verwaltungsorganen der Provincialstände eingehoben wurde. Es war unmöglich, auf diese, obgleich nicht sehr ergiebige, Einnahmsquelle während der kostspieligen Kriege mit Frankreich zu verzichten.

Am 15. October 1810 erschien ein neues ausführliches Erbsteuer-Patent (66 Paragraphe), welches künftig allein zur Richtschnur dienen sollte; aber es enthielt in der Hauptsache nichts Neues und war eigentlich nur die Republication der älteren Vorschriften. Beachtenswerth scheint uns jedoch der Umstand, daß die Erbsteuer auch in diesem Patente als zur Tilgung der Staatsschulden bestimmt erklärt, daß aber über diese specielle Verwendung selbst nichts verlautbart wurde. Uebrigens wurde in jeder Provinz eine eigene k. k. Erbsteuer-Hofcommission bestellt, welche in einigen Hauptstädten nur aus Staatsbeamten, in anderen zum Theile aus Mitgliedern der ständischen Collegien bestand, und die Abgabe nach den von der Verlassenschafts-Abhandlungsbehörde richtig gestellten Ausweisen der zahlungspflichtigen Parteien zu bemessen hatte. Gegen ihre Entscheidung konnte, wie früher, an die k. k. vereinigte Hofkanzlei recurrirt werden, der Rechtsweg aber war jetzt ausgeschlossen.

Nach Beendigung der französischen Kriege (1814—1815) wurde die Erbsteuer und ihr Aequivalent auf die reacquirirten Provinzen aus-

gedehnt; nur Tirol, das lombardisch-venetianische Königreich und Dalmatien blieben verschont. Aber auch jetzt war das Erträgniß der Steuer im Ganzen ziemlich gering, und überdieß nach der Natur des Steuerobjectes von Jahr zu Jahr ungleich. Wiederholt wurde in Erlässen an die unteren Behörden über den unverhältnißmäßig geringen Ertrag dieses Gefälls geklagt und auf Beseitigung der Ursachen dieser Erscheinung hinzuwirken gesucht. Als solche Ursachen hat z. B. das Hofdecret ddto. 13. März 1818 bezeichnet: den langsamen Gang der Verlassenschaftsabhandlungen, die Verschleppung und Verheimlichung des beweglichen Erbvermögens, die Angabe fingirter Abzugsposten und andere Bevortheilungen durch die Erben und deren Vertreter.

Im Durchschnitte mehrerer Jahre wird das Erträgniß von J. Springer (Statistik des österreichischen Kaiserstaates, Wien 1840) mit 700.000, von M. Fränzl (Statistik II. Bd., Wien 1839) mit 800.000, von F. W. Schubert (Handbuch der allgemeinen Staatskunde des Kaiserthums Oesterreich, Königsberg 1842) mit 850.000 Gulden Conventions-Münze angenommen.

Im Jahre 1840 endlich — also nach gerade 80 Jahren seit ihrer ersten Einführung — wurde die Erbsteuer sammt dem geistlichen Erbsteuer-Aequivalente in allen Provinzen aufgehoben. An ihre Stelle traten die mittels des Stempel- und Taxgesetzes ddto. 27. Jänner 1840 neu geregelten, beziehungsweise erhöhten Stempelgebühren für die bei Verlassenschaftsabhandlungen vorkommenden Eingaben der Parteien und Ausfertigungen der Behörden. Wie aber bekanntlich dieses Gesetz überhaupt bei der Bevölkerung eine günstige Aufnahme nicht gefunden, so wurde insbesondere die gleichzeitige Aufhebung der Erbsteuer vielfach und um so mehr getadelt, als man auch darin, gleichwie in manchen anderen Bestimmungen des citirten Patentes, eine Begünstigung der reicheren Leute zu erblicken glaubte. Die Gründe dieser Maßregel hat zwar die Regierung selbst nicht veröffentlicht, dennoch kennen wir sie aus dem gewissermaßen halbofficiellen Commentare zu dem Stempelpatente, welchen der bei der Abfassung des letzteren als Referent der k. k. Hofkammer thätig gewesene Hofrath Dr. Alois Silv. Edler von Kremer herausgab. In der Vorrede nämlich wird, offenbar zur Widerlegung des hie und da laut gewordenen Tadels, eine Rechtfertigung der Aufhebung der Erbsteuer vor solchen Lesern versucht, „welche die Prüfung eines Gesetzes nicht mit vorgefaßten Meinungen oder gar mit üblem Willen, sondern in der

vollen Ueberzeugung vornehmen, daß Oesterreichs Regierung neue Gesetze nur nach der sorgfältigsten Prüfung erläßt, und daß gewiß jede Bestimmung auf einem triftigen Grunde beruht". Freilich mußten die gläubigen Leser nicht wenig überrascht sein, als schon nach wenigen Jahren die Erbsteuer unter einem anderen Namen wieder eingeführt und nun in ganz officiellen Erklärungen als eine eben so gerechte wie zweckmäßige Abgabe geschildert wurde.

Kremer stellt die Erbsteuer ihrem Principe nach in die gleiche Kategorie wie die Personal- und die Classensteuer; — mit dieser mußte auch jene fallen, um nicht die seit lange beabsichtigte vollkommene Regelung des Steuerwesens zu verzögern. Dabei konnte die Regierung sich um den oberflächlichen Wunsch Derjenigen nicht kümmern, welche wollen, daß die Steuern den Reichen, namentlich den lachenden Erben auferlegt werden, ohne zu bedenken, daß aus dem ihnen zufallenden Vermögen ohnehin fortwährend Steuern zu bestreiten, und daß die Begriffe „reich" und „arm" sehr relativ sind. Ein Steuergesetz aber, welches sich auf eine so schwankende Grundlage, wie Reichthum und Armuth, stützte, gehöre zu den schlechtesten und die Nationalwohlfahrt am meisten gefährdenden Einrichtungen. Zudem werde das Erbvermögen, bei der geringen Neigung des Volkes zu Steuerzahlungen, den Finanzbehörden so viel als möglich entzogen, und darum treffe die Erbsteuer vorzüglich nur das vor Aller Augen liegende oder jenes Vermögen, welches nicht ohne Intervention einer Behörde übertragen werden kann, d. i. unbewegliche Güter und Erbschaften der Pupillen. Dieses Vermögen sei ohnehin mit Nebenabgaben belastet, trage zu den Hauptsteuern am meisten bei, und könne nach seiner Natur den durch Entrichtung einer Erbsteuer am Hauptstamme erlittenen Verlust nicht leicht aus sich selbst ersetzen. Auch Pupillen befänden sich nicht in der Lage, ihr Vermögen durch eigene Betriebsamkeit und Sparsamkeit wieder zu ergänzen. Aber auch die Ausführung einer solchen Steuer müsse auf Schwierigkeiten und Unzukömmlichkeiten stoßen, weil man entweder die unzuverlässigen Bekenntnisse und Werthangaben der Parteien oder eigene kostspielige Schätzungen zur Basis der Steuerbemessung nehmen muß, und weil durch strenge Maßregeln in dieser Richtung die Steuer selbst verhaßt wird. Alsdann versuchen die Zahlungspflichtigen allerlei Künste, um das Steuerobject zu verheimlichen und die Finanzen zu verkürzen; unmöglich aber könnten die hieraus entspringenden Folgen einen wohlthätigen Einfluß auf den Character der Nation üben, und gewiß nicht durch den unbedeutenden Ertrag der Abgabe aufgewogen werden. Da

übrigens die Erbsteuer in mehreren Provinzen nicht bestand, hätte sie eigentlich dort neu eingeführt werden müssen, allein davon sei die Regierung durch die wichtigsten Rücksichten abgehalten worden. Die Hinweisung endlich auf das Beispiel fremder Staaten fertigt unser Autor mit der Bemerkung ab, daß man nicht eine einzelne Steuer in diesem Staate mit der gleichnamigen Abgabe in jenem Staate vergleichen dürfe, sondern das ganze Steuerwesen im Zusammenhange nach der Eigenthümlichkeit der Verfassung und Verwaltung des Landes und nach vielen anderen Criterien, die sich in jedem Staate verschieden gestalten, beurtheilen müsse. Man könne darum nicht eine einzelne Abgabe aus dem Steuersysteme ausscheiden und von ihr behaupten, daß, weil sie der eine Staat einhebt, ihre Einführung auch für den anderen Staat tauge.

Solche Ansichten über das Princip und die Opportunität der Erbsteuer behielten, wie oben angedeutet wurde, in den maßgebenden Kreisen nur kurze Zeit die Oberhand. Die neue Aera von 1848 brachte die entgegengesetzte Meinung im Rathe der Krone zur Geltung, als die gesteigerten Bedürfnisse des Reiches zur Vermehrung der ordentlichen Einnahme, zur Einführung neuer Steuern nöthigten. Mit dem kaiserlichen Patente ddto. 9. Februar 1850 wurde in den nicht-ungarischen, — mit kaiserlichem Patente ddto. 2. August 1850 in den ungarischen Provinzen unter den „Gebühren von Rechtsgeschäften, Urkunden, Schriften und Amtshandlungen" auch eine „Procentual-Gebühr für Vermögensübertragungen auf den Todesfall", d. h. eine Erbschaftssteuer in dem ganzen Umfange des Kaiserstaates eingeführt.

Interessant ist die im a. u. Vortrage des Ministerrathes an Se. Majestät den Kaiser ddto. 26. Jänner 1850 enthaltene Motivirung jener tiefgreifenden Reform der Besteuerung; daher ist wohl die Mittheilung der wichtigsten Argumente, welche den gegenwärtigen Standpunct unserer Gesetzgebung in Erbsteuersachen klar zu machen geeignet sind, um so mehr angezeigt, als die Kenntniß derselben auch die Lösung mancher practischen Frage erleichtert.

Eine Abgabe von der Erwerbung und Ausübung von Privatrechten, wenn sie in einem angemessenen Verhältnisse zum Werthe des Gegenstandes steht, sei nicht blos vom Gesichtspuncte der Gerechtigkeit wohlbegründet, sondern auch in staatswirthschaftlicher Beziehung ein zweckmäßiges, den Erwerb schonendes Mittel zur Bedeckung der Staatserfordernisse. Denn alle Privatrechte, und namentlich der Inbegriff

derselben, das Eigenthum, setzen, um bestehen und sich behaupten zu können, Sicherheit und Ordnung als eine Grundbedingung voraus, ohne welche auch weder die Production sich zu entwickeln, noch Vermögen und Wohlstand zu gedeihen vermag. Diese Grundbedingung könne aber nur im Staate und durch die staatlichen Einrichtungen erfüllt werden; ihre wohlthätigen Wirkungen kommen zunächst Denjenigen zu Statten, welche Güter besitzen oder vermehren. Es sei also vollkommen gerecht, daß eben diese Staatsbewohner einen Beitrag zu Auslagen leisten, ohne welche jene Bedingung nicht erfüllt werden könnte, und daß diese Leistung im Verhältnisse zu der Menge und dem Werthe der Güter stehe. Andererseits sei es zweckmäßig und für die Steuerpflichtigen selbst zuträglich, daß die Regierung die erforderlichen Geldmittel von jenen Staatsbürgern einhebe, bei welchen sich solche vorfinden, und daß, wer wenig besitzt oder erwirbt, verschont oder mit geringeren Beiträgen in Anspruch genommen werde. Solche Abgaben könne man nicht richtiger und deutlicher bezeichnen, als indem man sie mit einer Assecuranzgebühr vergleicht. Jedermann nämlich, der sein Vermögen zu erhalten und zu vermehren wünscht, unterziehe sich aus kluger Berechnung willig einer Zahlung, wodurch er sich gegen Beschädigungen oder Verluste des Seinigen schützt. In diesem Verhältnisse befänden sich nun alle Besitzenden und Erwerbenden gegenüber dem Staate. Und so wenig durch Entrichtung von Assecuranzprämien der Wohlstand Derer leidet, welche das Ihrige versichern lassen, eben so wenig und noch weniger könne dieß bei einer Abgabe eintreten, durch welche die bürgerliche Gesellschaft in die Lage versetzt wird, ihren Mitgliedern ungleich größere Vortheile zu sichern, als sich bei der Assecuranz gegen zufällige Ereignisse erreichen läßt. Darum habe auch die öffentliche Meinung das Stempel- und Taxgesetz vom Jahre 1840 richtig beurtheilt, indem sie sich mit der Aufhebung der Erbsteuer und mit der günstigeren Behandlung der einen größeren Werth umfassenden Rechtsgeschäfte nicht zufrieden stellte. Uebrigens könne auch das Beispiel anderer Staaten, namentlich von Preußen, Frankreich und Großbritanien, angeführt werden, in welchen man sehr wohl unterrichtet ist, welche Arten der Besteuerung dem Nationalreichthume schaden oder die fortschreitende Zunahme desselben nicht beeinträchtigen, und in welchen für Vermögensübertragungen von Todeswegen wie unter Lebenden Abgaben bestehen, die mit großer Regelmäßigkeit eingehen und dem Staate ein sehr namhaftes Einkommen abwerfen, ohne daß die Zunahme des Volksvermögens gehemmt und die Entwicklung des Wohlstandes gestört worden wäre.

Die Abgabe nun, welche 1850 an die Stelle der Erbsteuer gesetzt und für alle Provinzen der Monarchie vorgeschrieben wurde, ist in gewissen Procenten des Geldwerthes der von Todeswegen (d. i. als Erbschaft, Legat oder Schenkung) übertragenen beweglichen und unbeweglichen Sachen zu bemessen und von der Partei in der Regel unmittelbar an die betreffende k. k. Gefällscassa zu entrichten. Vor ihrer Bezahlung oder vollständigen Sicherstellung darf das Vermögen dem Erben nicht eingeantwortet werden. Jene Gebühren aber, welche das Gesetz den Parteien nebstbei für die zur Verlassenschaftsabhandlung gehörigen Eingaben, amtlichen Ausfertigungen u. dergl. auferlegt, müssen mittelbar, d. h. mittels Stempelmarken entrichtet werden.

Die Höhe der Procentual-Gebühr richtet sich einerseits nach der Beschaffenheit der Sachen (beweglich oder unbeweglich), anderseits nach dem persönlichen Verhältnisse des Erwerbers zu dem Erblasser. Das Gesetz reiht nämlich die Erwerbenden in vier Classen, und zwar:

a) des Erblassers (eheliche und uneheliche) Descendenten (auch Stief- und Adoptivkinder, Schwiegersöhne und Schwiegertöchter), Ascendenten und Ehegatten,

b) des Erblassers Seitenverwandte bis einschließig Geschwisterkinder,

c) Personen, welche zu dem Erblasser in einem Lohn- oder Dienstverhältnisse standen, und

d) alle anderen Personen.

Bei beweglichen Sachen beträgt die Gebühr für Personen der Classe a 1 %[1]), — in der Classe b 4 %, — für Personen der Classe c, wenn es sich um eine Capitalssumme nicht über 500 Gulden oder um eine Jahresrente nicht über 50 Gulden handelt, 1 %, und endlich bei höheren Werthen in dieser Classe wie auch überhaupt für Personen der Classe d 8 % des reinen, d. h. nach Abzug der Passiven ermittelten Geldwerthes. Hiezu kömmt noch der mit der kaiserlichen Verordnung ddto. 17. Mai 1859 der Kriegskosten wegen eingeführte außerordentliche Zuschlag, welcher jetzt ein Viertel (25 %) der ordentlichen Gebühr beträgt (Gesetz ddto. 29. Febr. 1864).

Bei unbeweglichen Gütern wird die ordentliche Gebühr je nach den erwähnten vier Classen der erwerbenden Personen mit 2½,

[1]) Doch ist eine den Betrag von 50 Gulden nicht übersteigende Verlassenschaft gebührenfrei auszufolgen.

5½, 2½ oder 9½ % des reinen Werthes (s. oben) und nebstbei für die Classe a mit 1½ % und für die Classe b, c und d mit 3½ % des übrigen Geldwerthes, der außerordentliche Zuschlag aber ebenfalls mit 25 % der ordentlichen Procentualgebühr bemessen [1]). Dagegen ist für die Eintragung des von Todeswegen erworbenen Rechtes in die öffentlichen Bücher (Landtafel, Grundbuch u. s. w.) die sonst für Eintragungen vorgeschriebene Procentualgebühr nicht zu entrichten.

Da übrigens das Ausmaß der ordentlichen, für Besitzveränderungen an unbeweglichen Sachen vorgeschriebenen Procentualgebühren auf der Annahme beruht, daß Eine Besitzveränderung durchschnittlich im Laufe von 10 bis 15 Jahren eintreten dürfte, und da dort, wo die Besitzveränderungen rascher aufeinander folgen, wichtige volkswirthschaftliche Bedenken gegen die jedesmalige volle Besteuerung sprechen, so gestattet das Gesetz, daß dem Erben, Legatar oder Geschenknehmer, wenn die letzte Besitzveränderung vor weniger als zehn, beziehungsweise acht Jahren stattgefunden hat, an der auf das unbewegliche Gut entfallenden Gebühr von 3½, beziehungsweise 1½ % ein Theil (d. i. je nach der Länge der zwischen beiden Besitzveränderungen liegenden Zeit 2½ bis ½ %) nachgelassen werde [2]).

Auch das Erbsteuer-Aequivalent wurde 1850 wieder eingeführt, aber nicht gerade unter diesem Namen. Anfangs war es nur auf solche, eine Rente gewährende unbewegliche Güter gelegt, welche sich im Besitze von Gemeinden, Kirchen, Stiftungen und Beneficien befinden; durch das Gesetz ddto. 13. December 1862 jedoch wurde es nicht nur auf bewegliche Sachen dieser moralischen Personen, sondern auch auf das unbewegliche und bewegliche Vermögen der Gesellschaften und Vereine ausgedehnt. Das Aequivalent wird in Vorhinein für eine zehnjährige Periode des Besitzes auf Grund der Bekenntnisse der Partei bemessen, beträgt 3 oder 1½ % des Werthes der Sache, und ist ratenweise an die betreffende Cassa unmittelbar zu entrichten.

Eine eingehende Vergleichung der alten mit der neuen Erbsteuer würde wohl zu weit führen. Da wir nur die Geschichte dieses Zweiges der Finanzgesetzgebung behandeln wollten, unterlassen wir auch die Kritik der principiellen und casuistischen Vorschriften der Gegenwart.

---

[1]) Auch hier gilt die in der vorigen Note erwähnte Begünstigung der in die erste Classe gereihten Personen und die für die Classe c rücksichtlich beweglicher Sachen gemachte Unterscheidung nach der Größe des Vermögens.

[2]) Siehe den a. u. Vortrag des Finanzministers ddto. 27. April 1850 im 13ten Beilage-Hefte zum allgem. Reichsgesetzblatte.

Manches wäre wohl an denselben vom Standpunkte der Wissenschaft sowohl als des practischen Bedürfnisses auszusetzen, aber andererseits kann man ihnen die Anerkennung nicht versagen, daß sie mit viel Sorgfalt für das fiscalische Interesse und mit minutiöser Aufmerksamkeit für die verschiedenen Erscheinungen des Güterverkehrs verfaßt sind, und vielfach auch Billigkeitsrücksichten für die Steuerzahler vorwalten lassen. Gewiß sind übrigens die Gebühren, welche von Erben und Legataren im Ganzen (d. i. theils unmittelbar, theils durch Verwendung von Stempelmarken) an den Staat gezahlt werden müssen, sehr hoch, und eben nur durch die enorm gesteigerten Staatsbedürfnisse zu rechtfertigen. Das aus dieser Quelle fließende Einkommen dürfte jetzt in 10 Jahren weit mehr ausmachen, als die frühere, nur auf wenige Provinzen beschränkt gewesene Erbsteuer während des Zeitraumes von 80 Jahren eingetragen hat. Wir können zwar das jährliche Erträgniß nicht genau angeben, weil die auf Verlassenschaften entfallende Abgabe mit anderen Gebühren zugleich verrechnet wird, indessen läßt sich doch annähernd für die letzten Jahre ein durchschnittliches Einkommen von sieben Millionen Gulden österr. Währ. annehmen.

II.

Auch Einiges über die Ansprüche aus verjährten oder präjudicirten Wechseln.

Vom Herrn Leo Geller in Kalusz (Galizien).

In der im XV. Bande dieser Zeitschrift (S. 55 ff.) veröffentlichten Abhandlung über den „Anspruch aus verjährten Wechseln und seine Geltendmachung" unterzieht Herr Professor Hoffmann die sehr belangreiche Frage: „In wiefern kann aus verjährten Wechseln ein allgemeinrechtlicher Anspruch erhoben werden[1]): — was ist die Grundlage und der Inhalt dieses Anspruches?" — einer eingehenden Untersuchung und gelangt zu dem Resultate, daß die durch den Art. 83 der Wechselordnung zugelassene Bereicherungsklage nach der Verjährung oder Präjudicirung des Wechsels ein unmittelbarer Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes: daß Niemand sich mit dem Schaden eines Anderen ohne rechtlichen Grund bereichern dürfe, — und somit eine condictio sine causa sei.

Dieser nicht allein für die theoretische Construction, sondern mehr noch in practischer Beziehung folgenreichen Ansicht scheinen sich uns gewichtige Bedenken entgegenzustellen, und wir wollen im Nachstehenden

---

[1]) Beiläufig bemerkt, scheint uns in dieser Formulirung der Frage eine contradictio in adjecto zu liegen, denn ein allgemeinrechtlicher Anspruch als solcher kann aus einem (wenn auch verjährten) Wechsel an sich nicht abgeleitet werden.

zuerst diese Bedenken anführen, und dann unsere eigene Ansicht über die erwähnte Frage zu entwickeln versuchen.

I.

1. Die Lehre, welche früher die herrschende gewesen ist, daß die condictiones datorum als ein unmittelbarer Ausfluß der Regel: „aequum est, neminem cum detrimento alterius fieri locupletiorem" anzusehen seien, ist schon längst als unrichtig erkannt und allgemein aufgegeben worden; wir verweisen dießfalls nur auf Witte: Die Bereicherungsklagen (S. V. fg.), dann S. 42 und 139 und glauben uns jeder weiteren Ausführung in dieser Beziehung füglich enthalten zu können.

Der Herr Verfasser selbst scheint das Unrichtige dieser Lehre anzuerkennen, indem er das den Ausgangspunkt seiner Erörterungen bildende Princip dahin formulirt, „daß Niemand gehalten sei, zu dulden, daß sich aus seinem Vermögen ein Anderer ohne rechtlichen Grund bereichere" — und somit durch die besondere Betonung des „ohne Grund" den Ausspruch des Papinian: Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur revocare consuevit (l. 66. de cond. ind. [12, 6]; l. 1. §. 2. l. 4 de cond. sine causa [12, 7]) als das eigentliche Fundamental-Princip der Condictionen ansieht.

Werden nun aber die Condictionen als ein Ausfluß des letzteren Rechtssatzes aufgefaßt, so ist es nicht einzusehen, wie aus einem verjährten (präjudicirten) [1]) Wechsel dem letzten Inhaber gegen den Aussteller oder Acceptanten eine condictio sine causa zugestanden werden könne, da doch diese ein directes Rechtsverhältniß zwischen dem Kläger und dem Geklagten, nämlich den Umstand zur Voraussetzung hat, daß ein Vermögensbestandtheil des Erstern „unmittelbar in natura" in das Vermögen des Letztern gekommen ist [2]), welche Voraussetzung aber bei einem verjährten Wechsel, wo gewöhnlich nichts aus dem Vermögen des letzten Wechselinhabers in das des Ausstellers geflossen ist, nicht vorhanden sein kann [3]).

Der Herr Verfasser scheint das Gewicht dieser Einwendung sehr wohl zu fühlen und sucht derselben (S. 99—100) durch folgende

[1]) Wir werden weiter der Kürze halber nur von verjährten Wechseln sprechen, was aber immer auch auf die präjudirten zu beziehen sein wird.
[2]) Vergl. Witte a. a. O. VIII. und S. 41 fg.
[3]) Vergl. Volkmar und Löwy Wechselordnung, S. 319.

Ausführung vorzubeugen: „Nicht der den Wechselinhaber treffende verjährungsweise Verlust des wechselmäßigen Anspruches und die dem zufolge eintretende nur zu wohl motivirte Befreiung des Acceptanten und Ausstellers von der wechselmäßigen Verbindlichkeit bildet .... für die Letzteren eine Bereicherung, sondern lediglich der Umstand, daß in Folge dieser Befreiung jener Vermögenswerth, den sie für Acceptirung, resp. Ausstellung und Begebung des Wechsels erhalten haben, nunmehr als ohne alle Gegenleistung ihnen zugekommen erscheint; und hinwieder nicht dieses an sich allein bildet für den letzten Wechselinhaber einen Vermögensverlust, sondern das verjährungsweise Erlöschen seines wechselmäßigen Anspruches an Jene: — beide Momente aber ... stehen .... in einer derartigen Beziehung, welche den in Rede stehenden Anspruch hervorruft und durch diesen eine Ausgleichung herbeiführt ...."

Allein wir können durch diese Ausführung den angedeuteten Einwand nicht als beseitigt ansehen.

Eben der Umstand, daß die den Anspruch erzeugen sollende Vermögensveränderung nicht als Ergebniß einunddersel ben Thatsache auf beiden Seiten zugleich eintritt, sondern aus zwei verschiedenen Momenten, einem bereicherungswirkenden und einem, welches den Vermögensverlust herbeiführt, bestehen soll, — steht unseres Erachtens der Annahme einer condictio sine causa entschieden im Wege. Denn wird anders durch die Bereichung auf der einen Seite nicht auch zugleich der Vermögensverlust auf der anderen Seite bewirkt und hinwieder durch den Verlust des einen Theiles nicht auch unmittelbar die Bereicherung des anderen herbeigeführt, so liegt auch in einem solchen Falle überhaupt eine Bereicherung mit dem Schaden eines Anderen nicht vor, und es kann daher von einer condictio sine causa durchaus keine Rede sein. Es muß vielmehr die Vermögensveränderung, welche diese condictio erzeugen soll, aus einunddersel ben Thatsache entspringen, und diese eine solche sein, welche zugleich den Verlust auf der einen und die Bereicherung auf der anderen Seite hervorbringt, so daß Verlust und Bereicherung nur Avers und Revers derselben Vermögensveränderung bilden: dasselbe Moment, welches die Bereicherung des Einen bewirkt, muß auch den Verlust Seitens des Anderen herbeiführen, — sonst kann von einer Bereicherung auf Kosten eines Anderen nicht gesprochen werden.

Nach der Ausführung des Verf. soll nun der Verlust auf Seite des letzten Wechselinhabers in der durch die Verjährung her-

beigeführten Erlöschung seines wechselmäßigen Anspruches, die Bereicherung des Ausstellers und Acceptanten aber nicht in der eben dadurch herbeigeführten Liberation von ihrer wechselmäßigen Verbindlichkeit, sondern lediglich in jenem Vermögenswerthe bestehen, welchen sie einst für den Wechsel erhalten haben. Es fragt sich nun: wie kann der Wechselinhaber für seinen Verlust Ersatz vom Aussteller fordern, da doch dieser durch jenen Verlust an sich nicht bereichert wurde? Oder warum soll der Aussteller dasjenige, womit er bereichert wurde, restituiren müssen, da doch durch seine Bereicherung dem Wechselinhaber kein Verlust zugefügt wurde?

Der Verf. erinnert zwar (S. 99), „daß der aus der Bereicherung des Einen und dem Verluste des Anderen abzuleitende Anspruch .... im Wege einer auf sämmtliche während der Abwickelung des Wechselgeschäftes um dasselbe herum entstandene Vermögensverhältnisse ausgedehnten Abwägung zu Stande gebracht werden kann", — und versichert dann weiter, daß beide Momente, nämlich das bereicherungswirkende und jenes, welches den Verlust bewirkt, „vermöge jener ununterbrochenen Verkettung, welche vom Aussteller herab bis auf jenen Inhaber des Wechsels, der der letzte ist, sich erstreckt, in einer derartigen Beziehung stehen, welche den in Rede stehenden Anspruch hervorruft"; — allein diese vagen und nebelhaften Phrasen können das Räthsel, wie Jemand für seinen Verlust von einem Anderen, der dadurch nichts erhalten, Ersatz fordern könne, und wie die Bereichung Jemanden, der dadurch nichts verloren, restituirt werden müsse, durchaus nicht erklären, und sie zerrinnen in Luft schon durch die einzige Erwägung, daß es unter der Reihe der Wechselinhaber solche geben könne, welche den Wechsel unentgeltlich erhalten, denselben gestohlen, gefunden oder durch Betrug an sich gebracht haben können und dann weiter begeben haben, und daß daher in solchen Fällen keine „ununterbrochene Verkettung vom Aussteller herab bis zum letzten Wechselinhaber sich erstreckt", und eine „Abwägung sämmtlicher während der Abwickelung des Wechselgeschäftes um dasselbe herum entstandenen Vermögensverhältnisse" nicht möglich und nicht denkbar sein kann.

2. Die hauptsächlichste Voraussetzung der condictio s. c. ist die Grundlosigkeit der Vermögenszuwendung: quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur revocare consuevit; dabei macht es zwar keinen Unterschied, ob die Grundlosigkeit von Anfang an bestanden hat, oder der Grund für die Vermögenszuwendung erst nachher

weggefallen ist (Puchta Pandecten, §. 312), immerhin aber darf der Geklagte keinen Grund haben, dasjenige zu behalten, was ihm aus dem Vermögen des Klägers zugekommen ist.

Diese Voraussetzung geht der durch Art. 83 der W. O. zugelassenen Bereicherungsklage platterdings ab. Denn sieht man anders die durch die Verjährung des Wechsels herbeigeführte Liberation des Ausstellers von seiner wechselmäßigen Verbindlichkeit als dessen Bereicherung an, so erscheint diese durch ein positives Gesetz sanctionirte und daher vollkommen rechtliche Bereicherung „nur zu wohl motivirt" und kann daher von einer condictio aus diesem Grunde keine Rede sein. Erblickt man aber, wie der Herr Verfasser, die Bereicherung in demjenigen Vermögenswerthe, welchen der Aussteller seinerzeit für den Wechsel erhalten hat, so kann eine Grundlosigkeit bei dieser Vermögenszuwendung noch vielweniger behauptet werden.

Nehmen wir, um uns des vom Herrn Verfasser angeführten Beispieles zu bedienen, an, der Aussteller oder Acceptant habe den Wechsel zur Begleichung des Preises einer gekauften Waare gegeben. In diesem Falle besteht nun das für den Wechsel erhaltene Aequivalent eben in der gekauften Waare, welche zu behalten der abgeschlossene Kauf oder die geschehene Tradition für den Aussteller einen vollkommen rechtlichen Grund bildet. Dieser Grund kann aber auch nachher durch die Verjährung des Wechsels nicht wegfallen, da überhaupt die Nichtbezahlung des Kaufpreises im Allgemeinen keinen Grund zur Auflösung des Vertrages bildet (§. 919 a. b. G. B.), am wenigsten aber die durch Verschulden des Wechselinhabers selbst herbeigeführte Verjährung des Wechsels eine „Auflösung rechtsgiltig abgeschlossener und zum Vollzuge gelangter Rechtsgeschäfte" bewirken kann, wie dieß der Herr Verfasser (S. 99) selbst zugesteht.

Wollte man aber auch der Verjährung des Wechsels die Auflösung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses folgen lassen und deshalb die Grundlosigkeit der Vermögenszuwendung auf Seiten des Ausstellers annehmen, so würde dadurch, abgesehen davon, daß eine solche Annahme dem civilrechtlichen Dogma ex diametro entgegenläuft, für die hier bestrittene Ansicht nicht das Mindeste gewonnen sein, da das der Ausstellung des Wechsels zum Grunde liegende (ursprüngliche) Rechtsgeschäft in der Regel nicht mit dem klagenden Wechselinhaber abgeschlossen wurde, und der Geklagte daher seiner darauf gegründeten Klage den Mangel der Activlegitimation entgegensetzen kann (Beidtel: Gerichtliches Verfahren I, §§. 11 und 15; Haimerl: Die Parteien und

deren Stellvertreter, §. 9, Z. 1; Unger: System II, §. 123, Abs. I, Nr. 4).

Wir können sonach bei der in Rede stehenden Bereicherungsklage die Hauptvoraussetzung der condictio s. c. durchaus nicht finden. Sehen wir aber, wie der Herr Verfasser (S. 90—91) dieselbe herauszukünsteln sucht: „Wie die wechselrechtlichen Verhältnisse durchwegs an die allgemeinen Vermögensverhältnisse sich anschließen, mit denselben in Wechselwirkung stehen und ihnen zur Ergänzung dienen; eben so müssen die aus wechselrechtlichen Verhältnissen hervorgehenden Ansprüche auf dem Gebiete des allgemeinen Privatrechtes einen Nachhalt finden. Im Wechselrechte ist nur eine besondere Form vermögensrechtlicher Verbindlichkeit zur Entfaltung gelangt: durch dieses Recht kann also auch nur diese eine Form ausgetragen werden, nicht die gesammte Gliederung von Verbindlichkeiten, welche sich aus der mannigfaltigen Verkettung der concreten Vermögensverhältnisse ergeben. Das große Gleichungsproblem, das das Recht an den Vermögensverhältnissen zu lösen hat, kann in dem beschränkten Kreise des Wechselrechtes zu definitivem Abschlusse nicht gelangen; es muß vielmehr das Facit des letzteren in einem anderen Kreise als Factor zur Erscheinung kommen."

„Dort also, wo der wechselmäßige Anspruch seine Endschaft erreicht, endet nur Eine Form des Anspruches und eröffnet sich gleichzeitig ein Feld für weitere Formation auf dem Gebiete des allgemeinen Privatrechts, — weil es eben ein solches gibt. Jenseits dieses gibt es keine vermögensrechtlichen Verhältnisse und Ansprüche; aber jenseits des besonderen Vermögensrechtes liegt ringsherum der sogenannte Organismus des allgemeinen Privatrechts."

Wir gestehen, daß wir durch diese subtile Deduction nicht um ein Haar mehr aufgeklärt wurden, und es will uns auch scheinen, daß dieselbe in der That nicht geeignet ist, die aufgeworfenen Widersprüche zu beseitigen. Denn abgesehen davon, daß nach dieser Ausführung die condictio s. c. auch bei der Erlöschung einer jeden „sonderrechtlichen", namentlich einer handels-, see- oder bergrechtlichen Forderung, ja auch eines auf einen Vertrag oder Vergleich gegründeten Anspruches zugestanden werden müßte, indem dabei doch nur „eine besondere Form vermögensrechtlicher Verbindlichkeit zur Entfaltung gelangt", — so muß dagegen erinnert werden, daß die Wechselobligatio ein selbstständiges, von dem der Ausstellung des Wechsels etwa vorhergegangenen oder nachgefolgten Rechtsgeschäfte durchaus unabhängiges und lediglich in dem Wechsel als Formalact wurzelndes abstrac-

tes Dasein hat, und daß daher namentlich vom Standpunkte des Verfassers (S. 87—88), wonach die Ausstellung und Begebung des Wechsels eine Novation, und somit die Erlöschung der auf das ursprüngliche Rechtsgeschäft beruhenden Obligatio herbeiführt, außer der Wechselobligatio kein vermögensrechtliches Verhältniß mehr besteht, da, wenn ein solches auch früher bestanden hätte, dasselbe eben durch die Ausstellung des Wechsels zerstört und vernichtet wurde, so daß es zu existiren gänzlich aufgehört hat (vergl. Volkmar und Löwy: Wechselordnung, S. 316). Wenn nun die Wechselobligatio durch Verjährung oder Präjudiz erlischt, so bleibt kein vermögensrechtliches Verhältniß mehr übrig, welches geltend gemacht werden könnte; die durch den Wechsel zerstörte allgemeinrechtliche Obligatio kann nicht mehr wieder auferstehen und neu aufleben, und es kann überhaupt aus dem vernichteten Rechtsverhältnisse keine Obligatio mehr entstehen, da ex nihilo nihil! Es wäre daher „gegen alle Logik des Rechts", wollte man, wie der Verfasser, die novirende Kraft des Wechsels anerkennen und trotzdem eine Klage aus dem dadurch vernichteten Rechtsverhältnisse zulassen (Volkmar und Löwy, a. a. O.).

3. Mit der condictio sine causa kann nur die Herausgabe desjenigen Vermögensbestandtheiles gefordert werden, welcher dem Geklagten aus dem klägerischen Vermögen sine causa zugekommen ist (l. 7. l. 66. de cond. ind. [12, 6]; l. 1. §. 3 de cond. s. c. [12, 7]). Ist nun, wie der Verfasser wiederholt behauptet, dasjenige als der die Bereicherung bildende Gegenstand anzusehen, was der Aussteller oder Acceptant seinerzeit für den Wechsel erhalten hat, so könnte das Object der Condictio nichts Anderes, als eben nur das für den Wechsel erhaltene Aequivalent in natura sein. Der Verfasser müßte sich demnach auch bequemen, dasjenige in Natur condiciren zu lassen, was als Vor- oder Gegenleistung für den Wechsel gegeben wurde, also in dem angeführten Beispiele diejenige Waare, welche der Geklagte gekauft und deren Preis er mit dem Wechsel beglichen hat. Durch diese Consequenz, die er (S. 99) zwar nicht gelten lassen will, die sich aber aus seiner Ansicht mit innerer logischer Nothwendigkeit ergibt und durchaus nicht hinweggekünstelt werden kann, — erscheint sonach die Lehre, daß die Bereicherungsklage des Art. 83 der W. O. eine condictio sine causa sei, auf das schlagendste widerlegt.

II.

Nachdem wir nun die bestrittene Lehre widerlegt zu haben glauben, wollen wir zur Entwickelung unserer eigenen Ansicht schreiten; dabei muß aber vor Allem das Verhältniß der Wechselobligatio zu der die Ausstellung des Wechsels veranlassenden allgemeinrechtlichen Obligatio festgestellt werden, da sonst die aufgeworfene Frage mit Befriedigung nicht gelöst werden kann.

Es ist möglich, daß außer der Wechselobligatio zwischen den Parteien, welche dieselbe zur Entstehung gebracht haben, mehr gar kein anderes Rechtsverhältniß existirt hat, wie wenn z. B. eine donatio, intercessio, mutui obligatio durch die Ausstellung, Acceptirung oder Begebung des Wechsels bewerkstelligt worden wäre; in solchen Fällen kann, wie Kuntze (Deutsches Wechselrecht, S. 73) richtig bemerkt, die Frage der rückwärtigen Wirkung des Wechselgeschäftes gar nicht entstehen. Wenn aber die Ausstellung oder Acceptirung des Wechsels durch ein bereits rechtlich existirendes Schuldverhältniß veranlaßt wird und der Wechsel sonach einem bestimmten Geschäftsgrunde zu dienen hat, so entsteht die Frage: in welcher Beziehung steht die Wechselobligatio zu dem ursprünglichen Schuldverhältnisse?

Diese bekanntlich „eben so wichtige als bestrittene" Frage wird jetzt in der Doctrin wie in der Praxis sehr verschieden beantwortet. Nach einigen Schriftstellern (Einert, Brauer) soll in der Ausstellung, Acceptirung oder Begebung des Wechsels Zahlung liegen, nach anderen (Unger, Kuntze, Hoffmann, Ladenburg) soll der Wechsel bald privative, bald cumulative Novation, ja sogar (nach Günther) manchmal Compensation wirken, wieder nach einem anderen (Hassenpflug) soll die Ausstellung des Wechsels auf die unterliegende causa ähnlich dem römisch-rechtlichen constitutum debiti proprii wirken, und endlich nach einer anderen Ansicht (Volkmar und Löwy) soll das Wechselgeschäft als datio in solutum aufzufassen sein.

Alle diese Ansichten sind nicht geeignet, die durch Art. 83 der W. O. zugelassene Bereicherungsklage, die ihre Wurzeln unzweifelhaft in der die Ausstellung des Wechsels veranlassenden (ursprünglichen) Obligation hat, juristisch und rationell zu begründen. Denn wie durch solutio, eben so wird auch durch private Novation und durch datio in solutum die ursprüngliche Obligation gänzlich zerstört und vernichtet, so daß nach Verjährung des Wechsels für einen weiteren Anspruch kein Fundament mehr bleibt. Der Annahme eines constitutum debiti proprii steht die Regel entgegegen: Hactenus igitur constitutum valebit,

si, quod constituitur, debitum sit, l. 11. pr. D. (13, 5). Ueberdieß kann diese Ansicht eben so wenig, wie die Annahme einer cumulativen Novation die Anomalie erklären, wie der letzte Wechselinhaber gegen den Aussteller aus einem Rechtsgeschäfte, welches dieser mit ihm nicht abgeschlossen hat, eine Klage ableiten könne, da er doch mit dem Wechsel nur die Wechselobligatio, und nicht auch die Obligatio aus dem ursprünglichen Rechtsgeschäfte überkommen hat.

Wir glauben daher die Sache folgendermaßen auffassen zu sollen:

Der abstracte Character der Wechselobligation und ihre Isolirtheit von jeder speciellen causa eignet dieselbe zu leichterer Circulation und zur Anwendung auf alle möglichen Fälle specieller Geschäftsgründe, welche, wie Kuntze bemerkt, „in der abstracten Obligation, wie in einem Gefäße Platz findend, gedeckt oder verschleiert werden". Gleichwie das Specielle im Generellen, das Individuum in der Gattung enthalten ist, eben so ist die abstracte (generelle) Obligation geeignet, alle möglichen speciellen Obligationen in sich zu fassen, so daß äußerlich nur die abstracte Obligation existirt, in dieser aber auch die specielle (discrete) Obligation aufgenommen und versteckt ist; die abstracte Obligation kann zwar auch ohne einen speciellen Geschäftsgrund selbstständig existiren, da aber, wo sie zur Deckung einer speciellen (materiellen) Obligation geschaffen wird, zerstört sie nicht an sich diese, sondern zieht dieselbe gleichsam wie eine chemische Affinität an sich und verschmilzt mit ihr zu Einer Obligation.

Da ein existirendes Schuldverhältniß durch Novatio nur dann objectiv untergeht, wenn durch die constituirte neue Obligatio der obligatorische Grund und somit die substantia oder der Kern des zu novirenden Schuldverhältnisses verändert, d. h. an die Stelle der alten eine neue specielle causa obligationis geschaffen wird, während der bloße Wechsel der Subjecte der Obligatio in activer oder passiver Beziehung ohne zugleiche Veränderung des obligatorischen Grundes die Obligatio in ihrem objectiven Bestande nicht zerstört, indem in diesem Falle nur das juristische Obligationsband von den Personen, um welche es bisher geschlungen war, gelöst und um andere an deren Stelle eintretende Personen geknüpft, die Obligatio in ihrer Substanz aber durchaus nicht berührt wird; — so ist es leicht einzusehen, daß eine discrete (auf einer speciellen causa beruhende) Obligatio durch Constituirung einer abstracten (von jeder speciellen Causa abstrahirten) Obligatio niemals in ihrem objectiven Bestande völlig vernichtet oder zerstört werden kann, da durch die constituirte

abstracte Obligatio der specielle obligatorische Grund des durch sie gedeckten discreten Schuldverhältnisses nicht verändert, keine neue specielle causa obligationis an die Stelle der alten gesetzt, sondern die alte discrete Obligatio von der abstracten nur verdeckt oder in derselben gleichsam amalgamirt wird. Denn da die abstracte Obligatio von jeder causa specialis isolirt und frei ist, so kann sie die specielle Causa einer discreten Obligation, zu welcher sie sich wie das Generelle zum Speciellen, wie die Gattung zum Individuum verhält, nicht aufheben, sondern nur in sich aufnehmen: die discrete Obligatio wird daher von der abstracten nicht zerstört, sondern geht in der letzteren so auf, wie das Individuum in der Gattung aufgeht, oder wie ein Körper in einem anderen wahlverwandten allgemeineren Körper aufgelöst wird.

Was aber bisher von der abstracten Obligatio überhaupt gesagt wurde, das gilt auch insbesondere rücksichtlich der Wechselobligatio, deren abstracter Character jetzt allgemein anerkannt ist und nicht mehr bezweifelt wird: die zur Deckung einer civilrechtlichen Obligatio geschaffene Wechselobligatio zerstört daher die erstere nicht, sondern zieht dieselbe an und nach sich und wird mit ihr so zu sagen commassirt, so daß die flüßige Substanz der Wechselobligatio durch sie gleichsam verdichtet wird und der Wechsel durch eine an ihn klebende und mit ihm sich bewegende civilrechtliche Unterlage bekommt.

Die aufgeworfene Frage: in welcher Beziehung die Wechselobligatio zu dem ursprünglichen Schuldverhältnisse stehe? läßt sich sonach, wie folgt, beantworten:

Der Wechsel wirkt auf das ursprüngliche Schuldverhältniß weder als solutio, noch als datio in solutum, noch als novatio, noch auch als constitutum pecuniae; es steht vielmehr die Wechselobligatio zu dem ursprünglichen Schuldverhältnisse in derselben Beziehung, wie die Judicatsobligatio zu dem den Gegenstand des Rechtsstreites und des Judicates bildenden Rechtsverhältnisse, oder wie die Obligatio aus dem Vergleiche und dem Anerkennungsvertrage zu dem Rechtsverhältnisse, welches den Abschluß des Vergleiches oder Anerkennungsvertrag veranlaßt hat; der Wechsel wirkt auf das ursprüngliche materielle Schuldverhältniß in gleicher Weise, wie das Urtheil, der Vergleich und der Anerkennungsvertrag auf das demselben zu Grunde liegende Rechtsverhältniß. Wie das Judicat, der Vergleich und der Anerkennungsvertrag, eben so ist auch der Wechsel an und für sich Entstehungsgrund einer neuen selbständigen Obligatio (vergl. Unger System II, §. 133 S. 676 fg.),

aber diese Obligatio zerstört das ursprüngliche Rechtsverhältniß nicht, sondern nimmt es in sich auf und verschmilzt mit ihm zu Einer Obligatio.

Nach Erledigung dieser Frage dürfte es nun nicht mehr schwer sein, das juristische Fundament der durch Art. 83 der W. O. zugelassenen Bereicherungsklage zu finden.

Wir haben gesehen, daß die an sich selbstständige Wechselobligatio die ursprüngliche civilrechtliche Obligatio nicht vernichtet, sondern dieselbe in sich aufnimmt und sich mit ihr zu Einer geistigen Realität vereinigt. Gleichwie aber die einzelnen chemischen Bestandtheile eines zusammengesetzten Körpers ihre eigenen Schicksale haben können, und insbesondere eine blos auf einen einzelnen Bestandtheil zerstörend wirkende Kraft die übrigen Bestandtheile nicht vernichten kann, eben so können bei der mit einem discreten Schuldverhältnisse vereinigten abstracten Obligatio solche Erlöschungsgründe eintreten, welche, indem sie blos aus der eigenthümlichen Natur einer der zusammenvereinigten Obligationen entspringen, auch nur ihre respective Obligatio vernichten und die andere ganz unberührt lassen.

Insbesondere erlischt die Wechselobligatio durch Präjudiz und Verjährung; diese specifischen Erlöschungsgründe der Wechselobligatio können aber auf die in derselben allenfalls enthaltene ursprüngliche civilrechtliche Obligatio durchaus nicht wirken, und diese bleibt daher, wenn die pure Wechselobligatio zerstört wird, noch gleichsam als Niederschlag zurück.

Es ergeben sich demnach die Consequenzen zur juristischen und rationellen Fundirung der durch Art. 83 der W. O. zugelassenen Bereicherungsklage von selbst.

I. Die schon civilrechtlich begründete Verbindlichkeit des Ausstellers und Acceptanten, welche für den Wechsel eine Leistung erhalten haben, ist durch die Creirung der Wechselobligatio nicht aufgehoben worden und dauert vielmehr auch nach der specifischen Erlöschung der letzteren fort; es müssen daher Aussteller und Acceptant, welche sich sonst mit dem Schaden des Wechselinhabers bereichern würden, nach Maßgabe dieser ihrer Verbindlichkeit verhaftet bleiben (Passiv-Legitimation).

II. Da die ursprüngliche Verbindlichkeit des Ausstellers und Acceptanten in ihrer wechselmäßigen Verbindlichkeit aufgegangen ist, der Wechselinhaber daher mit der Wechselobligatio zugleich auch die in derselben enthaltene (ursprüngliche) civilrechtliche Obligatio erworben hat, so erscheint derselbe zur Anstrengung der Bereicherungsklage berechtiget (Activ-Legitimation).

III.

Die ſtaatliche Gleichſtellung der Confeſſionen in ihrem Weſen und ihrer berechtigten Ausſicht in Oeſterreich.

Vom Herrn Dr. Theod. Pachmann, k. k. ordentl. öffentl. Profeſſor der Rechte in Wien.

Eine der Hauptforderungen im Programme des Liberalismus iſt die confeſſionelle Gleichberechtigung. Gleiches Recht für Alle, alſo auch für die confeſſionellen Genoſſenſchaften habe der Rechtsſtaat, dieſe der fortgeſchrittenen Societät allein anſtändige Form ſtaatlichen Gemeinweſens, zu vermitteln; von einer Staatsreligion oder dominanten Kirche könne fürder keine Rede mehr ſein, es ſeien dieß veraltete, unberechtigte Begriffe, für die nur zelotiſche Bornirtheit ſich noch ereifern mag. Wer ſich in den öffentlichen Blättern umgeſehen, der weiß, mit welcher Redſeligkeit dieſe Gedanken auch in Oeſterreich nach allen Seiten, in Leitartikeln, Nachrichten, Feuilletons und öffentlichen Reden ſeit Jahren bereits vertreten worden ſind, und hält ſich überzeugt, es werde dergleichen Waare noch öfter in allen Mundarten ausgeboten werden. Wohl! läßt denn aber auch die confeſſionelle Gleichberechtigung ſich wirklich durchführen? So ganz und gar, wie Mancher meinen mag, der von dem Dinge gehört, vielleicht gar ſelbſt davon geſprochen hat und ſeinen gläubigen Zuhörern begreiflich machen wollte, gewiß nicht; wie weit aber, nun das eben iſt es, was im Nachfolgenden, sine ira et studio, unterſucht werden ſoll.

Wir müſſen, um genau zu ſein, mehrere Unterſcheidungen machen, und wie wir nicht auf bereits abgetretenen Wegen gehen, wollen wir

nach Lage der Sachen, die uns aufstoßen, bei Einigem mehr, bei Anderem weniger verweilen.

1. Reflectirt man zunächst auf das Individuelle, so ist in Absicht auf die privatrechtliche Stellung der in verschiedenen Richtungen religiösen Glaubens gehenden Personen wahrlich kein Grund aufzufinden, der irgend eine Ungleichheit rechtfertigen könnte. Warum müßte denn der Jude weniger rechtsfähig sein als der Christ, oder der Katholik mehr als der Akatholik? Weder Juden noch Akatholiken, wenigstens die in Oesterreich bestehenden, sind durch ihre Glaubensansichten gehindert, Steuern zu zahlen, die Wehrpflicht und andere staatsbürgerlichen Obliegenheiten, gleich den Kotholiken, zu erfüllen; warum müßten sie dennoch weniger berechtigt sein? Man hat von jeher den Juden, wo man sie geduldet, nirgends die Fähigkeit abgesprochen, an beweglichen Sachen Eigenthum zu erwerben, wenngleich mitunter durch gelegentliche Abnahme des zuviel Erworbenen den dornenvollen Lebensweg erleichtert; unbewegliche Sachen dagegen sollten sie bis in die neuesten stark judaisirenden Zeiten fast überall nur ausnahmsweise — im Ghetto oder an Häusern, auf welche ihre Familien-Nummern von altersher lauteten, zu erwerben berechtigt sein. Wie hing dieß mit dem Eigenthumsbegriff, der kein anderer bei unbeweglichen als bei beweglichen Sachen ist, logisch zusammen? Warum soll der Jude, weil er Jude, kein Haus, keinen Garten, keinen Acker besitzen, der bisher nur im Besitze von Christen gewesen ist? Einen stichhaltigen Rechtsgrund wird man dafür schwerlich ausfindig machen können; wohl aber wird Mancher, wie Verfasser dieses Aufsatzes, aus eigener Erfahrung wissen, wie reiche Israeliten unter Advocaten und anderen lauteren Christen Freunde genug fanden, unter deren gut abgelohntem Zuthun es ihnen möglich war, zur Deckung ihres gewerblichen oder mercantilen Bedürfnisses oder auch zu einem anderen höchstpersönlichen Zwecke der Legislation nachzuhelfen.

Allerdings gibt es neben der eigentlichen Rechtsraison (ratio juris) noch gewisse andere für die Gesetzgebung im Staate maßgebende Momente; daß aber darunter auch die Religionsbekenntnisse gehören, läßt sich, wenigstens so weit es die in Oesterreich öffentlich anerkannten betrifft, nicht annehmen — gewiß nicht, um darauf Sonderrechte zu bauen. Beschränkungen in der Ausübung eines oder des anderen Rechtes, die um der religiösen Richtung willen nothwendig sind, lassen sich noch immer generalisiren, um jedenfalls eine formelle Rechtsgleichheit unter den verschiedensten Confessionen zu erzielen. Soll es (bei-

spielsweise) dem Juden versagt sein, über ein Christenkind die Tutel zu führen, so darf hinwieder, um die confessionelle Rechtsgleichheit zu wahren, auch kein Christ eine jüdische Vormundschaft übernehmen [a]). Findet es die Gesetzgebung, um Religionsirrungen zu verhüten, nur in der Ordnung, daß katholische Kinder ihren katholischen Vormund haben, so muß sie diese confessionelle Rücksicht auch bei akatholischen Kindern gelten lassen. Berechtigt der Abfall vom Christenthume, ein Kind zu enterben [b]), so verlangt die confessionelle Gleichberechtigung,

---

[a]) Es ist doch merkwürdig, daß die Frage, die wir zunächst im Texte zur Sprache gebracht haben, im ganzen Umfange des römischen Rechtes, des großen noch immer unentbehrlichen Rechts-Arsenales, keine legislative Würdigung gefunden hat. War also der Jude, wenn er nur doch civis romanus war, der Vormundschaft über einen christlichen civis romanus fähig, konnte umgekehrt ein Jude, der civis romanus war, unter der Vormundschaft eines Christen, der das römische Bürgerrecht hatte, stehen? Sollten aber die Römer wirklich so taktlos gewesen sein? — Nach canonischem und österreichischem Rechte ist diese Angelegenheit wohl auch nicht speciell entschieden; gewiß aber kann nach jenem ein Jude nicht Vormund eines Christen sein, dafür läßt sich schon aus c. 13. 16. X de judaeis argumentiren — indeß wir nach dem österr. allg. bürgerl. Gesetzbuche behaupten müssen, es dürfe weder ein Jude über einen Christen, noch umgekehrt dieser über jenen die Vormundschaft führen. Untauglich zur Vormundschaft sind nämlich auch Alle, von denen sich „eine anständige Erziehung des Waisen nicht erwarten" läßt (§. 191 allgem. bürgl. G. B.). Oder sollte zur anständigen Erziehung nicht auch die Fürsorge für die religiöse Bildung gehören? Jetzt möchte man vielleicht den Versuch machen, es zu bestreiten, und begreiflich auch in dem feierlichen Versprechen des Vormundes, „daß er den Minderjährigen zur Rechtschaffenheit, Gottesfurcht und Tugend anführen ... wolle" (§. 205 allg. bürgl. G. B.), kein Hinderniß finden; dieß aber war ganz gewiß weder die Meinung jener Gelehrten, die das Gesetzbuch zusammenstellten, noch der Wille des Kaisers, der dasselbe sanctionirte.

[b]) §. 768 allg. bgl. G. B. Vom Judenthume speciell spricht dieser Paragraph gar nicht, indem er nur allgemein verfügt, ein Kind könne enterbt werden, „wenn es vom Christenthume abfällt". Dabei hatte man sein Absehen wahrscheinlich auf Diejenigen gerichtet, die vom Christenthume zu dem Islam übertraten, weil sie damit bei den nachbarlichen Türken ihr Glück zu machen hofften. Von einem Uebertritte zum Mosaismus fiel damals und schon seit jenem energischen Hofdecrete, mit welchem Kaiser Joseph gewissen durch Mißverständniß seines Toleranzpatentes provocirten Extravaganzen dieser Richtung ein Ende zu machen verstanden hatte, keinem österreichischen Unterthan mehr ein. Wie aber, wenn es in unserer bewegten Zeit Jemandem einfiele, zum Judenthume zu apostasiren? Straflos allerdings könnte er einen solchen Versuch machen, weil kein Gesetz es geradezu verbietet, um so weniger eine Strafe darauf setzt; auf staatliche Anerkennung seines Schrittes, so daß er nunmehr von den Behörden als Jude anzusehen wäre, könnte er nicht rechnen. Eine solche Inconsequenz zu §. 768 a. b. G. B. darf man von einer Gesetzgebung selbst nicht erwarten. Darum findet sich keine Bestimmung über die Form dieses Religionswechsels, wie eine solche doch über die zur staatlichen Anerkennung nothwendige Form bei dem Uebertritte von der katholischen Kirche zum Akatholicismus besteht. Oder wäre dort eine Bestimmung nicht nothwendig?

daß auch der Jude sein zum Christenthume übergetretenes Kind von seinem Nachlasse ausschließen darf. — Die Erhaltung der Ruhe oder die Achtung und Pflege des religiösen Sinnes kann es allerdings nothwendig machen, vom Besitze oder Verkehre mit Gegenständen, die mit dem Cultus einer Glaubenspartei in naher Beziehung stehen, Alle, die nicht dieser Glaubenspartei angehören, auszuschließen; aber das Verbot läßt sich unschwer als ein allgemeines, gegenseitiges fassen. Eben dieß läßt sich von dem gegen confessionellen Hohn und fanatische Excessen sehr heilsamen Verbote sagen, nahe an Cultusgebäuden und confessionellen Anstalten vielleicht gar mit Einsicht in dergleichen Räume zu wohnen oder lärmende Beschäftigungen vorzunehmen. Solch' Anwohnen mit seinen physischen Nothwendigkeiten genirt immer Diejenigen, die sich zu Uebungen der Andacht versammeln, selbst wenn die Anwohnenden gleicher Confession sind; sind sie dieß aber nicht, dann findet der Argwohn, der zumal in religiösen Dingen sehr scharf sieht und leise hört, Gelegenheit genug, Spott und Verachtung dessen zu wittern, was dem Argwohnvollen und seiner Glaubenspartei als ehrwürdig oder gar heilig erscheint. Wie leicht führen diese Wahrnehmungen, die nicht einmal näher untersucht zu werden pflegen, zu Erwiderungen und Ausschreitungen, welche die öffentliche Ordnung gefährden! Dabei also darf im Rechtsstaate die Gesetzgebung nicht einer Glaubenspartei verbieten, was sie der andern hingehen läßt. Daß aber dergleichen confessionell-allgemeine Verbote einer Glaubenspartei lästiger, als der andern sein können, ist noch kein Grund, eine oder die andere Ungleichheit in dieser Richtung zu sanctioniren. Darum auch müßten sich die Juden, denen ein Staatsgesetz die Aufnahme christlicher Ammen und Dienstboten untersagt, wenn es ihnen nicht gelänge, die legitime Aufhebung dieses Gesetzes zu erlangen, daran genug sein lassen, daß den christlichen Unterthanen verboten werde, jüdische Ammen und Dienstboten zu halten, obwohl freilich dieß Verbot (etwa mit Ausnahme einzelner Ortschaften in Galizien) ziemlich überflüßig wäre[b*]).

2. Unter den Privatrechten müssen wir hier einem seiner hervorragenden Wichtigkeit wegen insbesondere unsere Aufmerksamkeit zuwenden: wir meinen das älterliche Erziehungsrecht. Ohne Zweifel muß

[b*]) Wie viel Bedeutung das oberwähnte wirklich noch bestehende Verbot de facto, zumal in Wien, habe, brauchen wir hier nicht zu constatiren. Zu den Orten Galiziens, auf die wir im Texte uns berufen, dürften nicht blos Brody und Kolomea, sondern auch mehrere andere gehören, in denen es mehr Juden als Christen gibt.

es Aeltern, die gleicher Religion oder Confession sind, vorausgesetzt, daß diese vom Staate nicht verworfen ist, seitens der Staatsgewalt unverwehrt sein, ihre Kinder in ihrer Religion oder Confession zu erziehen; gehören aber die Aeltern verschiedenen Glaubensparteien an, dann erübrigt wohl nichts Anderes, als daß die rechtsstaatliche Gesetzgebung sich für ein paritätisches Normativ ausspricht und dasselbe unparteiisch walten läßt, sei es (beispielsweise), daß für alle Kinder ohne Unterschied des Geschlechtes die Confession des Vaters, in so weit seine Vaterschaft gewiß oder doch gesetzlich angenommen ist, sei es, daß nur die Confession der Mutter entscheiden soll, sei es, daß die Kinder nach Maßgabe ihres Geschlechtes der religiösen Richtung ihres Vaters oder ihrer Mutter folgen sollen. Vom Standpunkte confessioneller Gleichheit ist demnach die Bestimmung, daß, wenn der Vater katholisch, alle Kinder katholisch zu erziehen seien, daß aber, ist der Vater akatholisch (von einer staatlich anerkannten Glaubenspartei), die Kinder ihrem Geschlechte nach den Glaubensparteien ihrer Aeltern zu folgen haben[c]), nicht zu vertheidigen, so viele, gute Gründe ehedem in Oesterreich die Regierung für diese Anordnung gehabt haben mag. Gewiß können die Akatholiken darin nur eine Begünstigung der katholischen Kirche sehen, denn offenbar ist dem katholischen Vater gegenüber die akatholische Mutter schlechter gestellt, als dem akatholischen Vater gegenüber die katholische Mutter, und es muß diese Ungleichheit seitens der Akatholiken um so schwerer empfunden werden, je einflußreicher für Erziehung und confessionelle Grundlegung die Stelluug ist, die das weibliche Geschlecht im Familienleben einnimmt. Begreiflich könnte es nebst dem herausgehobenen noch andere Punkte geben, über welche Akatholiken, falls ihnen confessionelle Gleichberechtigung gebührt, hinsichtlich der confessionellen Erziehung sich zu beschweren Veranlassung fänden. Wie denn dort, wo die Regierung bei dem Uebertritte katholischer Aeltern zu einer akatholischen Gemeinde für die noch nicht überzeugungsfähigen Kinder das Princip der Continuität gelten ließe, bei dem Rücktritte akatholischer Aeltern zur katholischen Kirche aber die Conversion auch für solche Kinder gar in der Art zur Geltung bringen wollte, daß selbe, ohne Unterschied des Geschlechtes, mit

---

c) So das österreichische Toleranzpatent v. 13. October 1781, und auf Grundlage desselben die späteren Hofdecrete und Verordnungen, die allerdings eine und andere Ausnahme von der angegebenen Regel, meist aber doch nur in der Idee der herrschenden katholischen Kirche machen. Die näheren Angaben gehören nicht in das Terrain unserer Betrachtungen.

dem Vater alle, mit der Mutter aber doch wenigstens die Töchter, die unter dem Normalalter, katholisch werden? Ist die katholische Kirche in einem Reiche für die herrschende erklärt, indeß andere Glaubensvereine nur von landesfürstlichen Gnaden geduldet werden, dann hat dergleichen allerdings Sinn und Berechtigung; bestehen aber neben der katholischen Kirche mit gleichem staatlichen Rechte noch andere christliche Glaubensparteien, dann erscheint so etwas als eine Abnormität, die sich nicht lange erhalten kann.

Indeß darf man bei aller Concession, die Puncto confessioneller Erziehung der Gleichberechtigung zu machen wäre, dennoch nicht übersehen, daß die Staatsgesetzgebung, auch wenn sie bei der religiösen Erziehung des Vaters oder der Mutter Religion, beziehungsweise Confession, oder je nach dem Geschlechte der Kinder die confessionelle Richtung beider Aelterntheile als maßgebendes Moment annimmt oder auch noch etwas Anderes dafür gelten läßt [d]), doch nie auf eine allseitig befriedigende Lösung der großen Frage, von der es sich handelt, rechnen kann. Wer wirklich religiösen Sinn hat, wird es unter allen Umständen für seine Pflicht ansehen, auch alle ihm von Gott anvertrauten Kinder auf den Weg religiöser Anschauung, den er selbst geht, zu führen. Darin kommen alle Aeltern, weff' Geschlechtes, Alters und Glaubens sie sein mögen, wenn ihnen ihr Glaube wirklich Etwas ist, überein, und wem es einerlei ist, in welcher Religion seine Kinder erzogen werden, der gibt entweder seiner älterlichen Pietät oder seiner religiösen Gesinnung ein schnödes Armuthszeugniß. Es gibt nur Eine religiöse Wahrheit, so viel ist gewiß; nur wird, daß sie der Jude hat, von uns Christen, daß wir Christen sie haben, von den Juden bestritten, so wie weiterhin der Katholik den Akatholiken, dieser jenen negirt; aber kein Katholik kann es dem Juden oder Akatholiken verargen, daß er alle seine Söhne und Töchter nur im Glauben Abraham's, Isaak's und Jakob's, beziehungsweise Luther's, Calvin's u. s. w. sehen will, wie um-

---

d) Man könnte fragen, was es denn noch für ein maßgebendes Moment geben könnte? Nu, etwa die Zeit der Geburt, daß alle Kinder, im Jänner geboren, katholisch, die im Februar akatholisch, und so alternirend von Monat zu Monat bald katholisch, bald akatholisch erzogen werden sollten. Wollte man einwenden, daß so eine Bestimmung ohne allen Grund wäre, so fragen wir, welchen vernünftigen Grund die religiöse Erziehung nach dem Geschlechte der Kinder habe? Für das Regulativ der väterlichen Confession soll die väterliche Gewalt Grundlage sein. Wir wollen darüber nicht streiten, wären aber der Meinung, den räthlichsten, weil practischesten Maßstab gebe die Confession der Mutter für alle Kinder ab.

gekehrt kein Jude oder Akatholik es auffallend, absurd finden kann, daß der Katholik seine Kinder in jene confessionelle Richtung bringt, die er selbst einhält. Was soll nun bei diesem Verlangen confessioneller Annexion, das in der Tiefe des väterlichen und mütterlichen Herzens wurzelt und von dem Bewußtsein religiöser Pflicht getragen wird, das beschränkende Staatsgesetz? Kann ein Staatsgesetz dem Feuer verbieten, daß es brenne? So wenig wird es der älterlichen Liebe, welche confessionelle Gleichheit mit allen Kindern begehrt, erfolgreich verbieten, wehren können. Wer könnte es z. B. einer katholischen Mutter verübeln, daß sie des Herrn Gebot: „Lasset die Kleinen zu mir kommen“ d*), höher achtet, als das Staatsgesetz, das in Durchführung confessioneller Gleichheit ihr Söhnlein auf einen Weg weist, den sie als den verderblichen Weg des Irrthums ansieht? Den Behörden, die sie maßregelnd zur Achtung des Gesetzes zurückbringen wollten, wird sie mit dem Apostel antworten: „Richtet ihr selbst, ob es vor Gott recht sei, daß wir euch mehr gehorchen, denn Gott!“ *) Und wie wird es nur möglich sein, das weltliche Gesetz gegen die vielen Schlingen, mit denen eine glaubenstreue Mutter seine Wirksamkeit im ersten, innigsten Verkehre mit ihren Kindern zu unterbinden vermag, sicher zu stellen? — Nicht weniger wird die akatholische Mutter sich von einem Gesetze, das einige oder gar alle ihre Kinder dem Katholicismus zuweist, angefeindet finden: der Gewissensfreiheit, die sie nach ihrer Auffassung in vollem Maße hat, will sie auch alle ihre Kinder entgegenführen, will sie Alle von frühester Jugend durch Unterricht und Uebung anleiten, sich frei für die Wahrheiten des Evangeliums zu entscheiden und in subjectiver Ergründung ihres rechten Inhaltes sich dieselben anzueignen. Das Staatsgesetz kann sie in diesem, wie sie vom religiösen Standpunkte aus meinen muß, pflichtmäßigen Streben zwar vielfach geniren, gewiß aber, so lange sie noch im Verkehre mit ihren Kindern bleibt, nicht wirksam hindern. Und was läßt sich für die gehörige Beachtung eines die confessionelle Gleichberechtigung sanctionirenden Staatsgesetzes erwarten, wenn der christlichen Mutter, sie sei katholisch oder nicht, zugemuthet wird, ihre Kinder, vielleicht alle, oder doch die Knaben, einem Ceremoniendienste, der in seiner Erstarrung nur noch als Träger eines großen Zeugnisses für die christliche Wahrheit bestehen mag**), verfallen

d*) Matth. XIX, 14.

*) Acta Apostol. IV, 19. V, 29.

**) S. August. contra Faust. c. 23. „Quid est aliud hodie gens ista, nisi quaedam scriniaria, bajulans Legem et Prophetas ad testimonium assertionis Ecclesiae, ut nos honoremus per sacramentum, quod illa nuntiat

zu lassen? Man kann sie etwa zwingen, an ihrem kaum gebornen Söhnlein jenen schmerzlichen Act, den noch immer der rechte Jude zur Aufnahme in den Mosaismus nothwendig findet [f]), sie aber als Christin nunmehr nur noch für eine sinnlose, mitunter sogar sehr gefährliche [g]) legis actio ansehen soll [h]), vollziehen zu lassen; man wird sie aber kaum vermögen, gleichgiltig zuzusehen, daß ihr Kind zu Jenen gehöre, „die zwar um Gott eifern, aber mit Unverstand, die Gerechtigkeit nicht erkennen, die vor Gott gilt, nur ihre eigene Gerechtigkeit aufrichten, nimmer aber jener, die vor Gott Geltung hat, unterthan sein wollen" [i]).

Die eben gemachten Bemerkungen könnten auf den Gedanken bringen, es sei bei dem Umstande, daß die legislative Regulirung der confessionellen Erziehung zu Gunsten einer dominanten Kirche die gerügten Uebelstände nicht beseitigen, wahrscheinlich sogar vermehren wird, am gerathensten, daß die Staatsgesetzgebung mit einer solchen Regulirung sich gar nichts zu schaffen mache und Alles dem freien Ermessen der Aeltern überlasse; wie aber — wenn ein auf freiem Uebereinkommen beruhendes Regulativ dieses Inhaltes nicht getroffen ist, was bei dem späteren Uebertritte des Einen der Ehegatten zu einer anderen Glaubenspartei leicht der Fall sein kann? Dann muß es wohl doch eine legislative Norm geben, durch welche, wenn auch nicht jede Schwierigkeit beseitigt, so doch die öffentliche Ordnung aufrecht erhalten wird. Die constitutionelle Gesetzgebung mag dabei immerhin das Prinzip der confessionellen Gleichstellung walten lassen; die Schwierigkeiten aber, denen sie in der Durchführung unvermeidlich begegnet, werden — kaum begreiflich, daß man dieß bisher noch nirgends gesehen hat — viel größer sein, wenn sie mit der confessionellen Parität auch die geschlechtliche verbindet, die Knaben der Confession des Vaters, die Mädchen jener der Mutter zuweist, oder gar, um der Consequenz willen, welche die väterliche Gewalt in Anspruch zu nehmen scheint, für die religiöse Erziehung

---

per literam?" — S. Bernard. epist. 363 (ad Cler. & pop. Gall. orient.). „Vivi quidem apices nobis repraesentantes dominicam passionem. Propter hoc dispersi sunt in omnes regiones, ut, dum justas tanti facinoris poenam luunt, testes sint nostrae redemptionis."

[f]) I. Mos. XVII, 10—14; III. Mos. XII, 2 (vergleiche Acta Apost. IV, 9—13).

[g]) Fälle noch aus der neuesten Zeit s. in dem Jahresbericht über die wissenschaftl. Leistungen des medizin. Doctoren-Collegiums S. 22. Wien 1865.

[h]) Acta Apost. XV, 24—29. Galat. V, 2.

[i]) Rom. X, 2. 3.

die confessionelle Stellung des Vaters maßgebend sein läßt. Die weite Ausführung unseres Satzes ist für Jeden, der sehen und hören kann und will, sehr überflüßig.

3. Die meisten Verlegenheiten, wie gewiß Niemand verkennen wird, veranlaßt der staatlichen Gesetzgebung bei Durchführung der confessionellen Gleichheit das eheliche Verhältniß. Als Grundlage der Familie und somit des Staates selbst kann dieses Verhältniß von der weltlichen Gesetzgebung nicht ignorirt werden, wie aber soll sie sich angesichts der verschiedenen Auffassungen, welche die dissentirenden Glaubensparteien machen, erklären und benehmen, um keiner zu nahe zu treten? Zwar kann in den Fällen, da zwei Personen gleicher Religion oder Confession in eine Ehe zusammentreten wollen oder auch bereits zusammengetreten sind, eine Gesetzgebung, welche die confessionelle Gleichstellung ernstlich will, nicht einen Augenblick Anstand nehmen, bei der staatlichen Würdigung des ehelichen Verhältnisses in gleicher Weise den verschiedensten confessionellen Ansichten sich anzuschließen; wie aber ist es, wenn zwei Personen verschiedener Religion oder Confession sich ehelichen wollen oder geehelicht haben und die Glaubenspartei der Einen diese Ehe überhaupt oder mit Rücksicht auf die vorhandenen Umstände für ungiltig, die der anderen dieselbe für giltig ansieht, oder — wenn zwei Personen verschiedener Religion oder Confession in einer anerkannt giltigen Ehe verbunden sind, dieselbe aber noch bei Lebzeiten beider Gatten aufgehoben werden soll und die eine Glaubenspartei die Aufhebung für möglich, die andere dagegen für unmöglich hält? Wie verschieden sind in diesen Beziehungen die Ansichten der Juden von jenen der Christen, und unter diesen wieder jene der Katholiken von den Glaubensmeinungen der Akatholiken! Die Sache ist zu bekannt, als daß sie eingehender Nachweisungen bedürftig wäre; Einiges nur, weil es eben zeitgemäß, möchten wir hervorheben. Der Jude kennt kein in seiner confessionellen Richtung begründetes Ehehinderniß der Religionsverschiedenheit; es ist ihm in dieser Richtung nicht einmal Monogamie geboten. Ach, nicht darum, weil Salomo mehr als Eine Frau hatte, fiel er in Jehova's Ungnade — lebten doch auch Jakob-Israel, der Gesegnete Gottes, und David, mit dem der Herr gewesen, in Polygynie [k]) —, auch nicht darum, weil er Pharao's Tochter, die gewiß keine Jüdin war, zur Ehe genommen hatte, sondern darum, weil er gegen das Gebot des Herrn, gar zu viele Ehefrauen (und Kebsweiber)

---

[k]) Os. XXXV, 9. 10; II. Reg. (Sam. II.) VII, 3; III. Reg. I, 36.

zu lassen? Man kann sie etwa zwingen, an ihrem kaum gebornen Söhnlein jenen schmerzlichen Act, den noch immer der rechte Jude zur Aufnahme in den Mosaismus nothwendig findet [f]), sie aber als Christin nunmehr nur noch für eine sinnlose, mitunter sogar sehr gefährliche [g]) legis actio ansehen soll [h]), vollziehen zu lassen; man wird sie aber kaum vermögen, gleichgiltig zuzusehen, daß ihr Kind zu Jenen gehöre, „die zwar um Gott eifern, aber mit Unverstand, die Gerechtigkeit nicht erkennen, die vor Gott gilt, nur ihre eigene Gerechtigkeit aufrichten, nimmer aber jener, die vor Gott Geltung hat, unterthan sein wollen" [i]).

Die eben gemachten Bemerkungen könnten auf den Gedanken bringen, es sei bei dem Umstande, daß die legislative Regulirung der confessionellen Erziehung zu Gunsten einer dominanten Kirche die gerügten Uebelstände nicht beseitigen, wahrscheinlich sogar vermehren wird, am gerathensten, daß die Staatsgesetzgebung mit einer solchen Regulirung sich gar nichts zu schaffen mache und Alles dem freien Ermessen der Aeltern überlasse; wie aber — wenn ein auf freiem Uebereinkommen beruhendes Regulativ dieses Inhaltes nicht getroffen ist, was bei dem späteren Uebertritte des Einen der Ehegatten zu einer anderen Glaubenspartei leicht der Fall sein kann? Dann muß es wohl doch eine legislative Norm geben, durch welche, wenn auch nicht jede Schwierigkeit beseitigt, so doch die öffentliche Ordnung aufrecht erhalten wird. Die constitutionelle Gesetzgebung mag dabei immerhin das Prinzip der confessionellen Gleichstellung walten lassen; die Schwierigkeiten aber, denen sie in der Durchführung unvermeidlich begegnet, werden — kaum begreiflich, daß man dieß bisher noch nirgends gesehen hat — viel größer sein, wenn sie mit der confessionellen Parität auch die geschlechtliche verbindet, die Knaben der Confession des Vaters, die Mädchen jener der Mutter zuweist, oder gar, um der Consequenz willen, welche die väterliche Gewalt in Anspruch zu nehmen scheint, für die religiöse Erziehung

---

per literam?" — S. Bernard. epist. 363 (ad Cler. & pop. Gall. orient.). „Vivi quidem apices nobis repraesentantes dominicam passionem. Propter hoc dispersi sunt in omnes regiones, ut, dum justas tanti facinoris poenam luunt, testes sint nostrae redemptionis."

[f]) I. Mos. XVII, 10—14; III. Mos. XII, 2 (vergleiche Acta Apost. IV, 9—13).

[g]) Fälle noch aus der neuesten Zeit s. in dem Jahresbericht über die wissenschaftl. Leistungen des medizin. Doctoren-Collegiums S. 22. Wien 1865.

[h]) Acta Apost. XV, 24—29. Galat. V, 2.

[i]) Rom. X, 2. 3.

die confessionelle Stellung des Vaters maßgebend sein läßt. Die weite Ausführung unseres Satzes ist für Jeden, der sehen und hören kann und will, sehr überflüßig.

3. Die meisten Verlegenheiten, wie gewiß Niemand verkennen wird, veranlaßt der staatlichen Gesetzgebung bei Durchführung der confessionellen Gleichheit das eheliche Verhältniß. Als Grundlage der Familie und somit des Staates selbst kann dieses Verhältniß von der weltlichen Gesetzgebung nicht ignorirt werden, wie aber soll sie sich angesichts der verschiedenen Auffassungen, welche die dissentirenden Glaubensparteien machen, erklären und benehmen, um keiner zu nahe zu treten? Zwar kann in den Fällen, da zwei Personen gleicher Religion oder Confession in eine Ehe zusammentreten wollen oder auch bereits zusammengetreten sind, eine Gesetzgebung, welche die confessionelle Gleichstellung ernstlich will, nicht einen Augenblick Anstand nehmen, bei der staatlichen Würdigung des ehelichen Verhältnisses in gleicher Weise den verschiedensten confessionellen Ansichten sich anzuschließen; wie aber ist es, wenn zwei Personen verschiedener Religion oder Confession sich ehelichen wollen oder geehelicht haben und die Glaubenspartei der Einen diese Ehe überhaupt oder mit Rücksicht auf die vorhandenen Umstände für ungiltig, die der anderen dieselbe für giltig ansieht, oder — wenn zwei Personen verschiedener Religion oder Confession in einer anerkannt giltigen Ehe verbunden sind, dieselbe aber noch bei Lebzeiten beider Gatten aufgehoben werden soll und die eine Glaubenspartei die Aufhebung für möglich, die andere dagegen für unmöglich hält? Wie verschieden sind in diesen Beziehungen die Ansichten der Juden von jenen der Christen, und unter diesen wieder jene der Katholiken von den Glaubensmeinungen der Akatholiken! Die Sache ist zu bekannt, als daß sie eingehender Nachweisungen bedürftig wäre; Einiges nur, weil es eben zeitgemäß, möchten wir hervorheben. Der Jude kennt kein in seiner confessionellen Richtung begründetes Ehehinderniß der Religionsverschiedenheit; es ist ihm in dieser Richtung nicht einmal Monogamie geboten. Ach, nicht darum, weil Salomo mehr als Eine Frau hatte, fiel er in Jehova's Ungnade — lebten doch auch Jakob-Israel, der Gesegnete Gottes, und David, mit dem der Herr gewesen, in Polygynie [k]) —, auch nicht darum, weil er Pharao's Tochter, die gewiß keine Jüdin war, zur Ehe genommen hatte, sondern darum, weil er gegen das Gebot des Herrn, gar zu viele Ehefrauen (und Kebsweiber)

[k]) I. Mos. XXXV, 9. 10; II. Reg. (Sam. II.) VII, 3; III. Reg. I, 36.

hatte[l]), und zwar von Völkern, mit denen nach besonderer göttlicher Weisung die Juden, um sich vor Abgötterei zu wahren, jeden Umgang, zumal jede geschlechtliche Verbindung meiden sollten[m]). Mit dieser Anschauung des ehelichen Wesens aber scheidet der Jude sich in unversöhnlicher Weise vom Christen, dessen confessionelles Bewußtsein nur von der ehelichen Verbindung Eines Mannes mit Einem Weibe weiß, und die Entstehung einer ehelichen Verbindung zwischen Christen und Nicht-Christen als unmöglich ansieht. Wohl wahr, daß man zu dem einigen Bewußtsein, wie es eben die Cultus-Disparität betrifft, nur allmälig kam; aber um so stärker auch und inniger ist dasselbe geworden — wie der Baum, der eine lange Reihe von Jahren zu seiner vollen Größe braucht, um so fester in Wurzeln und Holze ist. Wie der Katholik, der noch auf die apostolische Lehre hält, so auch frägt der akatholische Christ, dem die Bibel noch wirklich Erkenntnißquelle seines Glaubens ist, „Welchen Genuß hat die Gerechtigkeit mit der Ungerechtigkeit, welche Gemeinschaft das Licht mit der Finsterniß — welchen Theil hat der Gläubige mit dem Ungläubigen[n])?" Die Antwort auf diese apostolischen Fragen und zugleich den Commentar zu der denselben vorausgehenden ernsten (wenngleich nicht mehr ästhetisch hoch genug klingenden) Mahnung: „Ziehet nicht in ungleicher Zusammenjochung mit den Ungläubigen" gibt die nahezu tausendjährige Praxis, nach welcher der Getaufte einen Nichtgetauften nicht ehelichen kann. Soll nun die staatliche Gesetzgebung auch ihrerseits diese Uebung aufrecht halten und damit — freilich gegen die Gelüste einiger Juden, die an den Schönen ihres Stammes nicht genug haben, oder einiger Namens-Christen, die allerlei, vorweg pecuniäre Gründe haben mögen, reiche Jüdinen zu freien, dem imposanten Bekenntniß der weitaus größeren Mehrheit ihrer Untergebenen aller christlichen Confessionen Rechnung tragen, oder soll sie mit dieser Auffassung als etwas dem humanistischen Fortschritte Widerstrebenden brechen und geschlechtliche Verbindungen zwischen Juden und Christen, die sich als Eheleute erklären, als staatsgiltige Ehen mit allen an das eheliche Verhältniß staatlicherseits geknüpften Rechten anerkennen? Wie laut und zudringlich aber auch die, zumal journalistischen, Provocationen sein mögen, die das Letztere in Anspruch nehmen; die Gesetzgebung mag es sich abermals und wieder überlegen, ehe sie sich dafür ausspricht.

[l]) III. Reg. III, 1; XI, 1—14.
[m]) II. Mos. XXXIV, 16: V. Mos. VII, 1—3. XVII, 17.
[n]) II. Corinth. VI, 14. 15.

Luther's berühmte Aeußerung vom rein civilrechtlichen Wesen der Ehe meist ohne Wirkung geblieben ist, so viel Grundlage und doctrinelle Würdigung in solcher wohl doch die Civil-Ehe hat. Wenn man es übrigens bei diesem in Europa doch noch wenig in Aufnahme gekommenen Institute ganz vornehmlich darauf absieht, durch staatliche Freigebung der Ehe zwischen Juden und Christen die Ersteren zur Einheit des bürgerlichen Lebens heranzuziehen und in den ehelichen Verbindungen „allgemach die Verbindungsfäden anzulegen, welche geeignet sind, wenn nicht für die lebende Generation, so doch für die künftigen Geschlechter jenes abgerissene und doch nicht mehr zu verdrängende Stück Volk in den gesellschaftlichen Organismus hineinzuspinnen" °) — so mag das Ziel, das man zu erreichen sucht, in sehr freundlichem Lichte schimmern; ob es zu erreichen sein wird, ist eine andere Frage. Jahrhunderte waren vorübergegangen, ehe man christlicherseits die Unzulässigkeit der Eheschließungen zwischen Juden und Christen und überhaupt zwischen Christen und Nicht-Christen mit vollster Ueberzeugung begriff. Was man jetzt wieder will, war also, ehe sich diese Ueberzeugung ausgebildet hatte, möglich gewesen, und waren wirklich, wenngleich immer nur selten, zwischen Juden und Christinen Ehen abgeschlossen worden. Doch eben diese Seltenheiten waren ein Symptom der socialen Gegensätze zwischen Juden und Christen, die schon sehr frühe, ja bereits in den Anfängen der Kirche hervortrieben. Und wer war es, der den Samen der Zwietracht ausstreute und die böse Saat pflegte? Die Juden, und nur die Juden — wie mißliebig man auch diese Anklage aufnehmen mag. Fanatischen Sinnes von jeher, übertrugen sie den Haß, mit welchem sie den ungelegenen Religionslehrer, wie wohlthätig er so vielen Mühseligen durch Lehre und Thaten geworden, und wie sehr er sie versicherte, sein Joch sei sanft, seine Last leicht °*), bis zum Kreuzestode verfolgt hatten, auch auf seine Anhänger. Wie sollten sie Gemeinschaft halten mit Menschen, die sich nach ihrem „Herrn" nannten, ihm nachlehrten und nachlebten, und sich sogar standhaft weigerten, an den Aufständen gegen die Römer theilzunehmen? So waren es zuerst die Juden, die in ihrem Dünkel, das auserwählte Volk Gottes zu sein, wie ehedem die Samariter, so jetzt auch die Christen haßten, verspotteten, verfolgten. Dann freilich, als ihnen in Folge strengsten Kriegsrech-

°) Vergl. die, wenn sie wahr ist, allerdings merkwürdige Staatsschrift über die sogenannte Judenfrage vom 18. October 1849 in der „Neuen freien Presse" 1865, Nr. 403 (Abendblatt vom 12. October).

°*) Matth. XI, 30.

tes die Macht zu weiteren blutigen Verfolgungen entzogen war — der Wille dazu blieb vielleicht noch lange hinter dem Hadrian'schen Strafgerichte —, trat die rächende Nemesis in die Scene, und zwar nicht mit dem christlichen Principe der Feindesliebe, das die Juden ja doch nicht anerkennen wollten [p]). Zumeist waren es Bekehrungsversuche, böse Gerüchte, leider auch wirkliche Excessen einzelner Juden, die zu Bedrückungen, Quälereien, Judenhetzen und Schlächtereien führten: sicher jedoch wurde dadurch die traditionelle Feindseligkeit, die den Juden insbesondere von kirchlichen Autoritäten vorgeworfen ward [q]), nicht behoben, solche wurde vielmehr intensiver. Dabei bleibt es merkwürdig, daß die Juden, wie sie von allen Völkern, unter die sie nach der Vernichtung ihres uralten heimatlichen Sammelplatzes durch Waffengewalt gedrängt worden sind oder heimatlos sich geflüchtet haben, nur mit Mißtrauen aufgenommen wurden, so selbst auch im Laufe der Jahrhunderte es nirgends versucht haben, durch moralische Hebung ihrer Massen und durch patriotische Opferwilligkeit eine würdigere Stellung im gesellschaftlichen Organismus zu verdienen. Und diese würdige Stellung, die sie selbst, zufrieden mit einer gewissen finanziellen Geltung, so lange nicht gesucht, nicht gewollt haben, soll ihnen jetzt dadurch angebahnt werden, daß ihnen die Eingehung der Ehe mit christlichen Personen verstattet wird? Darauf, scheint es, wird wenigstens das Volk, so lange es noch sein christliches Bewußtsein erhält, kaum eingehen. Wir wollen zum Belege unserer Meinung nicht auf die älteren und neueren oder neuesten Judenkrawalle verweisen, denn nicht den czechischen und anderweitigen Pöbel, Janhagel, Mob haben wir im Auge; wir fürchten aber von Seite der gemäßigten Christen. Was unter der Aegide eines solchen Staatsgesetzes in den sogenannten höheren oder mittleren Kreisen geschehen möchte, würde, auch von der großen Mehrzahl der Besonnenen, doch nur als Aergerniß aufgefaßt werden, zumal es ein ausgiebigeres Mittel für den ersehnten Zweck gibt. In dem Buche, das den Juden Glaubensquelle ist, heißt es: „Denn, so spricht der Herr zu Denen in Juda und Jerusalem: Pflüget ein Neues und säet nicht unter die Hecken. Beschneidet euch dem Herrn und thuet weg die Vorhaut eueres Herzens, ihr Männer in Juda, ihr Leute in Jerusalem, auf daß nicht mein Grimm ausfahre wie Feuer und brenne um

---

p) Vergl. II. Mos. XXI, 23. 25; III. Mos. XXIV, 19—22; V. Mos. XIX, 21. — Matth. V, 38—48.
q) c. 31. C. XVII. q. 4; c. 8. 16. X de judaeis.

euerer Bosheit willen, daß es Niemand löschen möge." r) „Aber, jammert derselbe Seher, sie sehen nicht und neigen ihre Ohren nicht und bleiben halsstarrig, daß sie mich ja nicht hören und sich nicht ziehen lassen." r*)

5. Mit diesem doctrinellen Proteste gegen die Civil-Ehe, zumal in ihrer nivellirenden Richtung, soll noch keineswegs ein Ausfall gemacht sein gegen das staatliche Recht, die Bedingungen festzustellen, unter denen allein eine der confessionellen Anschauung conforme Ehe auch staatlicherseits auf Anerkennung zählen darf. Mit dergleichen Normen wahrt die weltliche Gesetzgebung nur das ihr anvertraute Interesse des Staates, ohne dem religiös-socialen verletzend entgegenzutreten. Sie entzieht einer geschlechtlichen Verbindung die Wirkungen, die eine Ehe auf staatlichem Gebiete hat, um dem Vorwurfe zu entgehen, daß sie selbst pflichtwidrig das dem Staatswohle Abträgige in Schutz nehme; sie hindert aber die religiöse Gemeinschaft, die darin eine Ehe anerkennt, noch gar nicht, auf den einer solchen Gemeinschaft zuständigen Wegen die geschlechtliche Verbindung mit allen religiös-socialen Wirkungen aufrecht zu halten. Freilich aber würde die weltliche Gesetzgebung, welche diese Richtung einhalten will, sich ein auffallendes Dementi geben, wenn sie confessionellerseits anerkannte Ehen mit jenen zuchtlosen Concubinaten, die sie nicht zu dulden Ursache genug hat, die aber, zeuge täglicher Erfahrungen, sich doch zu behaupten verstehen, in eine und dieselbe Kategorie zusammenstellen wollte. Dieß würde eine Collision zwischen der staatlichen und confessionell-socialen Thätigkeit geben, bei welcher die Staatsgesetzgebung zwar noch immer den Standpunkt confessioneller Gleichberechtigung behaupten könnte, schwerlich aber im Vortheile wäre, wenn sie gar nicht blos eine, sondern alle Confessionen, weil sie alle unter demselben Drucke ständen, gegen sich hätte. Wir fürchten in einer Sache, die der unbefangene Blick nicht verkennen kann, keinen Widerspruch zu erfahren; wir fürchten aber auch nicht, irre zu gehen, wenn wir, unser Thema confessioneller Gleichberechtigung scharf im Auge haltend, des Weiteren noch meinen, daß eine weltliche Gesetzgebung, wenn sie bei einer gewissen Glaubenspartei eine confessionell anerkannte Ehe blos in Bezug auf einige bürgerlichen Wirkungen desavouirt, einer

---

r) Jerem. IV, 3. 4.

r*) Jerem. XVII, 23. Und wie viel' andere köstliche Stellen, die sich bei dieser Gelegenheit aufführen ließen, müssen wir aus Mangel an Raum zu Seite liegen lassen! Man liest den Jeremias vielleicht jüdischerseits jetzt eben so ungern, als man ihn seinerzeit angehört hat.

anderen Confession gegenüber, die ihr das volle Recht der Ehegesetzgebung zugesteht, um desselben Umstandes willen, der jenem Dasaveu zum Grunde liegt, die Ehe nicht für völlig ungiltig ansehen kann, ohne gegen die confessionelle Gleichberechtigung zu verstoßen. Wir wollen es unseren Lesern überlassen, aus dem staatlichen Eheverbote des Ehebruchs, wie solches in Oesterreich für Katholiken gilt [s]), gegenüber dem Ehehindernisse des Ehebruchs, wie solches noch immer für Akatholiken und Juden nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche Geltung hat [t]), sich selber diese Theorie, aber freilich in ihrem Gegensatze, zu beleuchten. Noch größer ist die confessionelle Ungleichheit in Folge einiger anderer Eheverbote des neuen kais. Ehepatentes. Da gibt es Umstände, die bei den Katholiken die Eheschließung blos strafbar, ja vielleicht nicht einmal strafbar machen, der vollen staatlichen Anerkennung der Ehe selbst aber nicht im Wege stehen, indeß sie nach den Paragraphen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Akatholiken und Juden noch immer eigentliche Ehehindernisse bilden, d. i. eine wahre Ehe gar nicht zu Stande kommen lassen [u]). Wir zweifeln nicht, daß diese Differenzen ihren Grund haben, obwohl gewiß die Erklärung, daß es umgekehrt mehrere Ehehindernisse juro canonico, also für die Katholiken in Oesterreich, gibt, von denen das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und dessen Nachträge nichts melden, kein solcher Rechtfertigungsgrund dieser Verschiedenheiten sein könnte; daß sie aber bestehen, ist nicht mehr gewiß, als daß sie dem Systeme confessioneller Gleichberechtigung nicht ensprechen.

6. Noch gibt es ein paar andere Punkte des „ehelichen Verhältnisses, die in Absicht auf diese Gleichberechtigung in Betrachtung gezogen werden müssen. So vorweg die Competenz für die Eheungiltigerklärung und die Frage von der Ehetrennung.

Wenn eine Staatsgesetzgebung, wie jetzt die österreichische, wenigstens wie sie im Ehepatente v. 8. Octob. 1856 sich ausgesprochen, der strengeren theologischen Ansicht beipflichtet, der kirchlichen Autorität, und zwar ihr allein, gebühre in eigentlichen Eheangelegenheiten der

---

[s]) Ehepatent vom 8. October 1856, §§. 13. 34. 35. (vergl. die Anweisung für die kath. Ehegerichte in Oesterreich, §. 36).

[t]) Allg. bürgl. Gesetzbuch, §. 67.

[u]) Vergl. die im Ehepat. §§. 4—14 aufgeführten Eheverbote mit den gleichnamigen Ehehindernissen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Das Ehehinderniß des Gattenmordes (§. 68 allg. bürgl. G. B.) ist, in so weit es sogar den Mordversuch in sich schließt, für Katholiken jetzt nicht einmal ein Eheverbot, indeß es für Akatholiken und Juden nach dem ganzen Umfange des §. 68 cit ein Ehehinderniß geblieben ist.

zur Kirche Gehörigen das entscheidende Wort; so darf sie freilich wohl dergleichen Angelegenheiten, wenigstens ihrer katholischen Unterthanen, nicht weiter reguliren, als die Canones verstatten; mit der Legislative hat die Staatsgewalt zugleich die Executive in Sachen der Eheungiltigkeit und der Aufhebung ehelicher Gemeinschaft von sich, als ihr nicht zuständig abgethan, in beiden Beziehungen haben nur die kirchlichen Ehegerichte nach Maßgabe ihrer canonischen Weisungen einzuschreiten. Was folgt daraus, vom Standpunkte der confessionellen Gleichberechtigung angesehen, für die Stellung der Akatholiken und Juden? Die sogenannte evangelische Kirche geht, nach ihren Bekenntnißschriften, die auch darin sehr weit von der katholischen Anschauung abgewichen sind, von dem Grundsatze aus, zur Ordnung des ehelichen Verhältnisses sei, mit Beobachtung der durch die heilige Schrift gezogenen Schranken, doch nur die Staatsgewalt berufen; demnach dürfen wohl die Akatholiken, wenigstens jene, welche dieser Ansicht beistimmen, sich nicht beschweren, wenn dieselbe Staatsgewalt, die ihre katholischen Unterthanen in Sachen der Eheungiltigkeit und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft an die kirchlichen Ehegerichte verweist, ihre akatholischen Unterthanen in solchen Angelegenheiten vor den Gerichten des Staates Recht suchen und nehmen heißt. Die Forderung *eigener* Ehegerichte ließe sich, bei dem Abgange aller dogmatischen Basis, etwa nur damit begründen, daß man von den gewöhnlichen Gerichten des Staates in Eheangelegenheiten die gehörige Rechtspflege nicht erwarten könne. Wie aber ließe sich diese Begründung ohne beleidigende Voraussetzungen in Vortrag bringen? Sind dem Akatholiken die für ihn maßgebenden Ehegesetze nichts weiter als integrirende Theile des bürgerlichen Rechtes, so geschieht ihm nicht wehe, wenn ihm diese Gesetze von jenen Männern, die unter den gewöhnlichen staatlichen Garantien des Wissens und Wollens das Richteramt verwalten, in Anwendung gebracht werden. Sehr begreiflich, denn des Akatholiken confessionelle Forderung geht nicht weiter, und er wird, wenn ihm die gewöhnlichen Gerichte des Staates auch in Eheangelegenheiten zu Diensten gestellt sind, formell ganz gleich gehalten dem Katholiken, der nach seiner confessionellen Auffassung das kirchliche Richteramt in Anspruch nimmt. Doch wird dieß, so ungesucht die Argumentation dafür ist, leider nicht allen Akatholiken einleuchten wollen; das katholische Ehegericht wird so Vielen aus ihnen als der Ausdruck einer Bevorzugung erscheinen und den Wunsch anregen, auch ein confessionelles Ehegericht zu haben, so daß die Staatsgewalt gewiß nicht unklug handeln wird, wenn sie solche akatholische Ehegerichte bestellt. Dann

aber wird es sich vom Standpunkte der Gleichberechtigung kaum übersehen lassen, daß auch die Juden ihre confessionellen Ehegerichte mit Fug und Recht verlangen können. Warum soll der Jude, den die Bibel, in so weit er sie anerkennt, an den Priester weist [x]), in Ehesachen gar von Personen gerichtet werden, die nicht einmal seines Glaubens sind, somit sich schwerlich in die Art und Weise finden können, in welcher der rechte Jude das Gesetz, das ihm der Herr durch Moses gegeben, aufzufassen, und mit späteren Gesetzen, die nur weltliche Autorität für sich haben, zu verbinden meint? Wenn über den Katholiken nur Glaubensgenossen in Ehesachen, in so weit solche deren kirchlichem Gerichte unterstehen, aburtheilen, wenn selbst Akatholiken die Perspective auf eigene confessionell besetzte Ehegerichte haben; so wird es nur recht und billig sein, auch den Anhängern des mosaischen Gesetzes durch ihre Leute Eherecht geben zu lassen. „Gleiches Recht für Alle."

Im Falle einer Mischehe hätten sich beide confessionelle Ehegerichte urtheilend auszusprechen. Wären selbe einerlei Meinung, ist die Sache abgethan; würde dagegen ein Urtheil auf Giltigkeit der Ehe, das andere auf Ungiltigkeit lauten, dann wäre wohl doch ohne weitere Unterscheidung zwischen den Glaubensparteien die Ehe hinsichtlich ihrer bürgerlichen Wirkungen als ungiltig anzusehen (N. 3).

7. Handelt es sich um die Trennung einer Ehe bei Lebzeiten der Ehegatten, so ist, wenn beide Gatten gleicher Religion sind, die staatliche Durchführung confessioneller Gleichstellung ohne alle Schwierigkeit. Hält die Staatsgewalt darauf, daß keine Ehetrennung ohne Intervention öffentlicher Autorität, wie solche die confessionelle Anschauung dafür ausweist, vorgenommen werde, so hat sie das Richtige gethan. In eine Bestimmung der Trennungsgründe selbst hat die Staatsgesetzgebung sich nur in so weit einzulassen, als ihr nach der Ueberzeugung einer Glaubenspartei das oberste Kirchenregiment zusteht, muß aber bei dieser Bestimmung vom confessionellen Geiste derer, für die sie normirt, sich leiten lassen. Nach diesem Geiste kömmt es aber gewiß bei allen akatholischen Glaubensparteien nicht darauf an, daß die Eheleute, die eben getrennt werden wollen, schon zur Zeit ihrer Verehelichung die Ehe in confessioneller Ueberzeugung für auflösbar hielten. Demnach wäre eine legislative Beschränkung richterlicher Ehetrennung zweier akatholischer Ehegatten auf den Fall, daß beide Personen zur Zeit der

[x]) II. Mos. XXVIII, 30; III. Mos. VIII, 8; Esra II, 63.

Eheabschließung bereits akatholisch waren und auch hinterher nicht zur katholischen Kirche zurückgetreten sind, gewiß nicht im Principe confessioneller Parität gehalten.

Dagegen wird es nur in der Idee confessioneller Gleichberechtigung geschehen, daß bei einer Mischehe jeder Theil nach Maßgabe seiner confessionellen Grundsätze vom Staate unbehindert die Ehetrennung nachsuchen darf. Hat dieß nur der eine Ehegatte gethan und in legitimer Weise durchgesetzt, so bleibt der andere, der keine solche Erklärung für sich hat, für den Gewissensbereich noch immer gebunden — die Frage aber drängt sich unabweisbar vor, wie es in solch' einem Falle die Staatsgewalt mit den bürgerlichen Wirkungen der Ehe zu halten habe? Wahren, so scheint es, kann die Regierung bei solchen Vorkommnissen das Princip confessioneller Gleichheit einfach dadurch, daß sie jedenfalls, ohne alle Unterscheidung, welche Glaubenspartei die Ehe für aufgehoben ansehe, dieselbe für nicht weiter bestehend oder gerade umgekehrt jedenfalls für fortbestehend annimmt. Die Staatsgesetzgebung mag, einem Utilitätsprincipe folgend, das Eine oder das Andere vorwählen, nimmermehr erscheint da eine Glaubenspartei vor der anderen staatlicherseits begünstigt; was der einen in Einem ihrer Angehörigen heute begegnet, kann der anderen bei Einem ihrer Mitglieder morgen widerfahren. Dabei könnte es, etwa zur Vermittlung der in der Alternative liegenden Gegensätze, auf eine Unterscheidung, ob die Ehe schon ursprünglich eine Mischehe gewesen oder es erst hinterher geworden sei, nicht weiter ankommen. Angesichts der evangelischen Freiheit, die z. B. den Protestanten nach deren religiöser Ueberzeugung aus wichtigen Gründen die Auflösung des Ehebandes gestattet, wird protestantischerseits die bekannte Annahme einer stillschweigenden Verzichtleistung auf dieses Recht, die eben in der Verehelichung mit einer über die Festigkeit des Ehebandes viel strenger denkenden katholischen Person liegen soll, aller Berechtigung bar gehen. Es wäre sogar noch die Frage, ob man vom confessionellen Standpunkte eine solche Verzichtleistung, wäre sie ausdrücklich geschehen, als bindend ansehen könnte. Die Gewissensfreiheit, auf die man sich im Protestantismus so viel zu Gute hält, dürfte wohl auch zur negativen Beantwortung dieser Frage führen.

Indeß würde die Staatsgesetzgebung, geht sie in der angegebenen Weise vor, zwar der Forderung um confessionelle Gleichstellung genügen, schwerlich aber überall, am wenigsten bei den in Frage gestellten Eheleuten, allen Vorwürfen confessioneller Begünstigung entgehen. So beispielsweise würde der Protestant, der vom confessionellen Standpunkte

seine Ehe für aufgelöst ansehen dürfte, sie aber hinsichtlich ihrer bürgerlichen Wirkungen fortbestehen sähe, von staatlicher Mißachtung christlicher Freiheit sprechen; der Katholik dagegen, der sich vom religiösen Standpunkte für verehelicht ansehen müßte, der bürgerlichen Rechte aber, die an den Bestand der Ehe geknüpft sind, nicht weiter sich freuen sollte, würde in dieser Sachlage nur Mißachtung katholischer Wahrheit und sacramentaler Würde erkennen. Dem ist seitens der Regierung bei dem besten Willen nicht abzuhelfen, am allerwenigsten könnte selbe, um den gesuchten Ausgleich zu Stande zu bringen, auf den Vorschlag eingehen, bei einer Mischehe auch staatlicherseits jeden Theil nach seiner religiösen Auffassung zu behandeln. Bei dem einheitlichen Wesen der Ehe, nach welchem den Rechten des einen Gatten die Pflichten des anderen gleichmäßig gegenüberstehen, zeigt sich jedem, der über die Erfolge dieses Vorschlags nachdenkt, die praktische Unbrauchbarkeit desselben sogleich in seiner ganzen Tollheit.

8. Mit den bisher gemachten Betrachtungen ist die Aufgabe, die wir uns gestellt, noch lange nicht beendigt. Wir wenden uns sofort zu den staatsrechtlichen Verhältnissen. Daß die Isopolitie, wie solche der Fortschritt mit immer wieder vordrängenden Petitionen beansprucht, alle Ungleichheit, wie in der gerichtlichen und polizeilichen Behandlung, in der Besteuerung, in der Militärpflicht, in dem jus suffragii et honorum nach allen Richtungen ausschließt, das liegt auf der Hand. In dem Religionsbekenntnisse findet sich wahrlich kein Grund, den Juden mehr als den Christen, den Katholiken weniger als den Akatholiken, der Luther's oder Calvin's Auffassung des Christenthumes hat, zu Steuern und Abgaben und zur Heeresergänzung heranzuziehen, die Einen oder die Anderen von Staatsämtern, Gemeinde-, Landes- oder Reichsvertretung, von akademischen Würden, gewissen Adelsgraden, von Bürger- und Meisterrechten, von Stiftungsbezügen und Versorgungs-Anstalten, vielleicht gar von Gewerben oder vom Grundbesitze auszuschließen. Warum sollte der verdienstvolle Jude nicht aller staatlichen Auszeichnungen in Titeln, Decorationen und Standeserhöhungen theilhaftig werden können, warum sollten die Excellenzen, Großkreuze, Grafen, Fürsten und Herzoge nur unter Christen zu suchen sein? „Dem Verdienste seine Krone" — gleichviel ob es an einem Abrahamiden, an einem Katholiken oder Akatholiken hervorleuchtet. Es liegt dieß Alles in so einfacher Consequenz zu dem Principe der Gleichberechtigung, daß man sich nur wundern muß, wie es noch überall, hier zum Nachtheile der Akatholiken, dort zum Nachtheile der Katholiken und allerorten zur

Beschränkung der Juden so viele Ungleichheiten zwischen den Confessionen in den meisten der eben angeführten Punkte gibt. Die Verwunderung steigert sich, wie begreiflich, immer mehr, je lauter etwa die Verheißungen nachklingen, die zu einer baldigen, radicalen Abänderung dieser und anderer rechtsstaatlicher Uebelstände Hoffnung machten. Damit soll aber noch gar nicht geleugnet werden, daß es Verhältnisse geben könne, in welchen die staatlicherseits intendirte Gleichstellung aller Religionsparteien eine Ungerechtigkeit, also eine Negation des rechtsstaatlichen Principes, oder doch eine in materiellen Gründen liegende Unthunlichkeit wäre. Wie sollten z. B. Stiftungen, die nach des Stifters Willen nur für bestimmte Glaubensgenossen errichtet worden sind, dennoch auch den Angehörigen einer anderen Glaubenspartei verliehen werden? Wie sollten in einem katholisch organisirten Erziehungshause auch Kinder der Akatholiken, vielleicht selbst wieder von verschiedener Richtung, und Kinder von Juden, Alle in ihren Confessionen unterrichtet und erzogen werden?

9. Dagegen wäre es kaum glaublich, daß eine Staatsgewalt, der es mit der rechtsstaatlichen Idee ein Ernst ist, Anstand nehmen könnte, irgend einer Glaubenspartei die ihrer religiös-socialen Verfassung entsprechende Constituirung in Orts- und Bezirksgemeinden und vielleicht noch weiterer Centralisirung mit allen dazu gehörigen Cultus-, Unterrichts-, Wohn- und Versorgungshäusern und Friedhöfen zu verstatten. Begreiflich kann diese Behauptung nur von solchen Glaubensparteien verstanden werden, die in ihrer Glaubenslehre und Disciplin nichts dem Staatswesen Widersprechendes haben. Ob dieß wirklich so, hat allerdings vorest die Regierung zu untersuchen; zeigt sich aber, daß ein Glaubensbekenntniß für den Staat ungefährlich ist, dann liegt auch, vom rechtsstaatlichen Standpunkte, darin allein schon Grund genug, der Glaubenspartei innerhalb der für die öffentliche Ordnung überhaupt bestehenden Gesetze die freie Entwickelung ihres Cultus zu gestatten, ihre gottesdienstlichen Uebungen öffentlich ankündigen und verrichten zu lassen. Jene Unschädlichkeit vorausgesetzt, kann ja doch im Rechtsstaate, seinem Begriffe nach, von bloßer Toleranz keine Rede sein; es gibt da nach allen Richtungen hin nur ein definitives Entweder — Oder, und ist demnach das, was die Staatsgewalt einem dem staatlichen Wesen ungefährlichen Glaubenssysteme leisten kann, keine von hohem oder höchstem Ermessen abhängende Gnadensache, sondern rechtliche Nothwendigkeit, die ohne Unrecht gar nicht verweigert werden darf. Und nicht ohne Grund ziehen wir unter diese rechtliche Nothwendigkeit

auch das unparteiische Einschreiten der Staatsautorität zum Schutze jeder staatlich ungefährlichen Glaubenspartei, die in ihrem legitimen Bestande oder Fortschritte von einer andern oder von einzelnen Anhängern derselben gestört, verletzt worden ist. Es hat dieses staatliche Einschreiten zu Gunsten einer verletzten Glaubenspartei, allgemeinen Rechtsbegriffen zufolge, sich nicht blos auf ein sachgemäßes Strafverfahren zu beziehen, sondern auch, so viel nur möglich, Wiederherstellung des früheren Zustandes zu vermitteln. Beispielsweise reclamirt der jüdische Vater, dem wider seinen Willen (ja auch nur ohne denselben) ein selbst noch der Unterscheidung im Religiösen unfähiges Kind getauft worden ist, dasselbe, den Fall blos vom rechtsstaatlichen Standpunkte angesehen, zur jüdischen Erziehung mit eben so viel Recht, als der christliche Vater sein widerrechtlich, wenngleich mit allen dafür erforderlichen Formen in das Judenthum aufgenommenes Söhnlein zur christlichen Unterweisung. Es mag diese Parallele in manchen Kreisen noch so anstößig klingen, wie sie denn auch am wenigsten die bestehende Praxis für sich hat [y]); aber sie ist eine ganz einfache Consequenz aus dem Satze confessioneller Gleichberechtigung, so weit diese allein beachtet werden soll.

10. Aus der besprochenen Gleichberechtigung läßt sich endlich auch noch eine gewisse gleichmäßige Unterstützung der im Staate bestehenden und als ungefährlich anerkannten Glaubensparteien in Absicht auf ihre religiös-socialen Interessen begründen. Warum sollten die akatholischen Gemeinden, wenn sie es in ihrem confessionellen Vortheile finden, ihren ersten confessionellen Vorstand nicht mehr, wie bislang, Pastor, sondern Pfarrer zu nennen, in diesem Punkte nicht auch auf eine Aenderung der staatlich administrativen Terminologie, die etwa bis jetzt nur Katholiken-Pfarrer kannte, rechnen können [z])? Warum sollte es den aka-

y) Wem wären denn die von einer nicht eben kirchenfreundlichen Journalistik so stark ausgebeuteten Mortara-Geschichten unbekannt? Aber wenn so ein Judenkind, obwohl noch unmündig, doch schon Fassungskraft genug hätte, um die wesentlichen Unterschiede zwischen Mosaismus und Christenthum zu begreifen und sich selbstwillig zur Aufnahme in die Kirche meldete; sollte es darum zurückgewiesen werden, weil sein Vater die Aufnahme nicht will? Selbst wenn ein zu dieser Fassungskraft noch nicht gekommenes Kind gegen seiner Aeltern Willen die Taufe empfangen hätte, wäre es doch Mitglied der Kirche geworden, und man könnte es dem Papste nicht verargen, daß er das in seinen Augen offenbar kleinere Uebel, das den jüdischen Vater durch die Vorenthaltung seines Kindes trifft, dem größeren, das dem Kinde im Umgange mit seinen jüdischen Aeltern und Verwandten in religiöser Hinsicht zukommen müßte, vorzieht.

z) Den Anhängern der augsburgischen und helvetischen Confession ist in diesem Punkte durch das kaiserliche Patent vom 8. April 1861, Nr. 41, und die

tholischen Pfarrern (und natürlich auch den Rabbinern oder wie sich die jüdischen „Cultusgemeinde-Vorstände" nennen) nicht eben so, wie den katholischen, gestattet sein, Gemeinde-Angehörige, mit denen sie ämtlich zu verkehren haben, durch die weltliche Obrigkeit sich stellen zu lassen, wenn ihre eigenen Vorladungen vergeblich waren, der Geschäftsgang aber die persönliche Erscheinung nothwendig macht? Findet es die Regierung zweckdienlich, einem katholischen Pfarrer, der sich der Seelsorge mit besonderem Fleiße hingibt, zur Ermunterung in seinem Eifer und des guten Beispieles wegen eine staatliche Auszeichnung zuzuwenden, warum sollte sie Anstand nehmen, einen akatholischen oder jüdischen Seelsorger, der in Pflege des Gewissens sich insbesondere verdient macht, mit gewissen Titeln, Decorationen und dergleichen (wie von Christen so von Juden in großer Regel sehr gesuchten) Dingen auszuzeichnen? Davon kann indeß nicht weiter die Rede sein, da die bestehende Praxis, wie die tägliche Erfahrung lehrt, dafür ist, und Seelsorger aller Glaubensparteien, gewiß wenigstens in Oesterreich, darin — freilich mit strenger Einhaltung traditioneller, kastenartiger Gradationen — auf gleicher Linie stehen. Einzelne mögen vielleicht sich weit hinter ihren subjectiven Erwartungen zurückgelassen sehen: confessionelle Ungleichheit wird man hier eben so wenig anschuldigen können, als in strafrechtlicher Hinsicht, in so weit es sich um Störungen eines Cultus, Verachtung seiner Formen, Verunglimpfung seiner Angehörigen oder deren strafrechtliche Behandlung frägt.

Einen Punkt, die gleiche Unterstützung aller Glaubensparteien im Staate betreffend, haben wir noch insbesondere hervorzuheben, wir meinen die pecuniären Subsidien, welche die einzelnen Parteien für Herstellung ihrer Cultusgebäude und materiellen Cultusmittel aus dem Staatssäckel beanspruchen wollten. Wie aber möchte man dem Juden zumuthen, daß er mit seinem Gelde einen christlichen Gottesdienst, der, vom jüdischen Standpunkte aus angesehen, doch nur als an sich unberechtigt erscheint,

Verordnung des Staatsministeriums vom 9. April 1861, Nr. 42, Genüge geleistet. Was sie durch die neue Terminologie gewonnen haben, ist uns, die wir nur Arglosses denken, nicht klar geworden: wir finden den Namen Pastor viel bezeichnender, und für Religionsparteien, die sich zunächst an die heil. Schrift anschließen wollen, viel passender. So viel hingegen begreifen wir, daß es bei den Annäherungen des Protestantismus an das Aeußere der katholischen Kirche, den Pfarrern und Bischöfen um so mehr darum zu thun sein soll, die Unterscheidung zwischen der katholischen und sogenannten evangelischen Auffassung in populärer, gewinnender Weise im Bewußtsein des Volkes zu erhalten.

herstelle, unterstütze, fördere? Wie der Jude, eben so muß den Juden gegenüber auch der Christ argumentiren, ja noch mehr! unter den Christen selbst der Katholik gegen den Akatholiken, er heiße so oder anders, und dieser gegen jenen. So sehr nun das Princip der confessionellen Gleichheit beachtet zu sein scheint, wenn die Regierung aus dem Staatseinkommen alle Glaubensparteien, die sie anerkennt, in formell gleicher Weise, nämlich so weit es jede bedarf, subventionirt, so möchte denn doch bei dem Umstande, daß der Staat sein Einkommen vorweg aus Steuern bezieht, die ohne Unterschied der Religion und Confession alle Unterthanen nach ihrem Einkommen gleichmäßig treffen, in dieser Methode eine confessionelle Pression nicht zu verkennen sein. Der angeregte Vorwurf muß aber wegfallen, wenn jede Glaubenspartei auf sich selbst verwiesen bleibt, oder, wenn ja doch die Staatsgewalt interveniren zu sollen Ursache findet, durch die Besteuerung ihrer Angehörigen unterstützt wird. Auch auf diese Weise wird confessionelle Gleichheit eingehalten und dabei Niemand in seinem Gewissen, als ob er zur Aufrechthaltung und Verbreitung dessen beitrage, was nach seiner Ueberzeugung gar nicht sein sollte, beirrt oder beunruhigt.

11. Aber der vollsten von der Staatsgesetzgebung proclamirten confessionellen Gleichberechtigung ungeachtet, ja vielmehr gerade wegen derselben können jene Rechte und Pflichten, die auf confessionellem Boden stehen, außerhalb desselben keine Geltung haben. Die Ausgleichung der den verschiedenen Glaubensparteien Angehörigen in solchen Beziehungen würde alle Confessions-Verschiedenheit, die eben doch bei der Forderung confessioneller Gleichberechtigung vorausgesetzt wird, nivelliren. Wie der Jude ohne Aergerniß nicht erfahren könnte, daß das Recht der Beschneidung zur Aufnahme in das Judenthum einem Christen zukommen soll; so kann es der Christ nicht zugeben, daß zu den ihm heiligen Functionen, wenngleich unter Staatsautorität, ein Jude weiter, als etwa zur Nothtaufe berechtigt werde. Doch würden die Einschnitte, die dergleichen Nivellirungen in die kirchliche Autonomie und das kirchliche Leben nach allen Richtungen hin machen müßten, nicht immer so augenscheinlich, als in den eben angeführten Fällen, sein, und darum mitunter auch ihre Patronanz haben. Man wird es z. B. begreiflich finden, daß ein Jude des in der christlichen Kirche bestehenden Patronatsrechtes nicht theilhaftig sein kann; man wird sich aber wahrscheinlich da und dort weigern, die gleiche Unfähigkeit auch bei Akatholiken hinsichtlich katholischer Kirchenpatronate anzuerkennen, wie man es noch weniger wird begreifen wollen, daß an der

Ausübung des einer Gemeinde zustehenden Präsentationsrechtes jüdische und akatholische Gemeinderäthe, vielleicht gar Gemeinde-Vorstände nicht theilzunehmen haben. Vollends unbegreiflich werden es Die von der Fortschrittsphalanx finden, daß es nach dem Principe confessioneller Gleichberechtigung der Staatsgewalt nicht zukommen könne, legislativ zu vermitteln, daß, wenn denn doch die Ehe vor dem ordentlichen Seelsorger eines der Brautleute abgeschlossen werden soll, eine Mischehe eben sowohl vor dem ordentlichen Seelsorger des einen wie des anderen Theiles, also jedenfalls auch giltig und erlaubt vor dem akatholischen Pfarrer abgeschlossen werden könne; daß die Mischehe, wie sie ohne Bedenken vom akatholischen Seelsorger eingesegnet zu werden pflegt, auf Verlangen der Nupturienten sofort oder später auch noch vom katholischen Pfarrer benedicirt werden müsse; daß der Uebertritt von einer christlichen Confession zur anderen oder vom Judenthume in's Christenthum und umgekehrt vom Christenthume zum Judenthume unter den staatsrechtlicherseits gleichmäßig festgestellten Bedingungen in der Art ungehindert geschehen dürfe, daß es nicht einmal erlaubt werde, die Folgen, die dergleichen Apostasien in religiös-socialer Hinsicht haben sollen, in der Glaubensgemeinde bekannt zu geben; endlich daß jede christliche Glaubensgemeinde im Nothfalle oder doch auf Verlangen auch die Leiche eines Christen von anderer Glaubensrichtung in ihrem Friedhofe aufzunehmen habe. Wir heben zumal diese Punkte hervor, weil solche bis in die letzten Tage herab in allerlei literarischen Arbeiten ihre Verfechter gefunden haben, und bei dem Wissensdünkel, der immer dichter und weiterfassend wird, sehr wahrscheinlich immer wieder finden werden. Was nun den ersten Punkt, die Abschließung einer Mischehe zwischen einer katholischen und einer akatholischen Person betrifft, so beruht die Forderung, daß auch eine solche Ehe vor dem Pfarrer des katholischen Theiles oder seines priesterlichen Stellvertreters abgeschlossen werde, auf einem sehr wohl begründeten Gebote des letzten allgemeinen Conciliums, und ist der Standpunkt des Trienter Concilums wenigstens in diesem Theile der Disciplin immer derselbe geblieben. Dasselbe hat die kirchliche Legitimation zur Feststellung von Ehehindernissen offen genug ausgesprochen, und von diesem Rechte bei Bestimmung der Form der Eheabschließung auch sogleich Gebrauch gemacht. Die Staatsgewalt muß die Trienter Form-Forderung, will sie nicht gegen das katholische Bewußtsein aller ihrer wahrhaft katholischen Unterthanen zu ihrem eigenen Nachtheile Front machen, strenge zuhalten, kann aus eigener Machtvollkommenheit darin gar nichts

ändern, und wird bei der hohen Autorität des Trienter Concils und bei dem Umstande, daß die Kirche nicht blos durch ein von ihr selbst anerkanntes öffentliches Zeugniß der wirklichen Eheabschließung der ihr Angehörigen versicherter sein kann, sondern auch in der Nothwendigkeit der pfarrlichen Intervention und der durch dieselbe vielleicht noch provocirten Gêne des ehelustigen Katholiken eine letzte nicht zu unterschätzende Abwehr solcher unliebsamer Verbindungen sehen darf, auch durch diplomatische Verhandlungen nichts ändern. Hat doch die kirchliche Legislation von der Trienter Forderung noch nirgends etwas nachgelassen, und beziehen alle ihre anscheinenden Nachlässe sich nur auf motivirte Erklärungen, daß da oder dort die Voraussetzungen nicht bestehen, unter denen die fragliche Forderung bindend sein kann. Uebrigens soll, wer eine solche Mischehe eingehen will, sich um die kirchliche Dispens bewerben. Wird ihm diese gegeben, so wird er von Seite seines Pfarrers gewiß keine Schwierigkeiten bei der wirklichen Eheschließung finden oder dieselben im Wege der Beschwerde an den kirchlichen Obern leicht wegschaffen. Würde dieß zu Verzögerungen führen, die etwa einen uneinbringlichen Nachtheil brächten, so braucht es wahrlich nicht viel Witz, um in guter Weise die passive Gegenwart des Pfarrers — und mehr ist zur Ehegiltigkeit nicht erforderlich — zu erlangen.

Noch weniger schwierig ist die Antwort auf die aus der confessionellen Gleichstellung hergeholte Forderung an die Staatsgewalt, dahin zu wirken, daß auch katholischerseits Mischehen, wenigstens wenn sie vor dem katholischen Pfarrer des einen Brauttheiles eingegangen worden, benedicirt werden. Dazu werden pflichttreue katholische Seelsorger sich nie einverstehen, wäre es auch, daß man staatlicherseits Maßregeln geltend machen wollte, schlimmer noch, als von der Metropole der Intelligenz im omnipotenten Bewußtsein und herkömmlichen Uebermuthe bei ähnlicher Gelegenheit gegen den alten ehrwürdigen Erzbischof Droste-Vischering angewendet worden sind. Welche Bedeutung können kirchliche Benedictionen für Den haben, dem die Kirche selber nichts ist? Sie sind ihm schwerlich mehr, als hohle Formen, die man nun einmal, weil dieß so üblich ist, um nicht anstößig zu werden, für sich haben muß. Solchen Leuten den kirchlichen Ehesegen ertheilen, hieße wahrlich in sträflicher Weise verschwenden. Dann ist ja schon die Empfänglichkeit für die Gaben der Kirche durch die Gemeinschaft mit der Kirche bedingt. Wie könnte es einem katholischen Priester, der seinen Beruf kennt und behaupten will, zu Sinn kommen, eine Mischehe ein-

segnen zu wollen? Er wird, wenn er sich auf katholische Logik versteht, dieß auch dann noch unterlassen müssen, wenn die Mischehe unter kirchlicher Dispense vom Eheverbote der Confessionsverschiedenheit zu Stande gekommen ist. Es mag dieß Manchem auffallen; es ist aber nichtsdestoweniger wahr und aus den bereits vorgeführten Bemerkungen so concludent, daß wir uns aller weiteren Auseinandersetzung überhoben zu sein überzeugt halten.

Eben so wenig können die Bischöfe, wenn sie es im kirchlichen Interesse der ihnen anvertrauten Diöcese finden, sich es wehren lassen, diejenigen, die aus der Kirchengemeinschaft ausgetreten sind oder die Strafe der Ausschließung verschuldet haben, ihrer Diöcese anzuzeigen, wohl auch die Folgen dieses Ausscheidens in ernster Weisung an das Herz zu legen. Dem Bischofe dieß wehren, hieße ihn an der Ausübung eines Rechtes hindern, das zu den natürlichen Rechten einer jeden Gesellschaft gehört, da es doch gewiß für den Umfang der socialen Thätigkeit maßgebend ist, diejenigen zu kennen, die keine sociale Berechtigung mehr haben. Und weiß jeder Bischof, daß auch ihm gilt, was einst Paulus an den Bischof von Ephesus schrieb: „Die da sündigen, die strafe angesichts Aller, damit auch Andere sich fürchten“ [aa]); wie sollte er nicht vielmehr dem Mahnrufe des Apostels, als dem Drängen des Liberalismus, selbst wenn es staatliche Verbote errungen hätte, folgen? Mag sein, daß die Strafpublication bösen Leumund veranlaßt, dem Gestraften Verkehrswege verlegt, Erwerbsquellen verschließt; es sind dieß secundäre Erfolge, die auch bei den bürgerlichen Strafen eintreten, aber bei diesen wie bei den kirchlichen nur auf des Strafwürdigen eigene Rechnung zu stellen sind.

Wir kommen zu dem letzten der oben bereits markirten Forderungen des aus dem staatsrechtlichen Dogma der Gleichberechtigung deducirenden Liberalismus. Die Canones verweigern den Akatholiken das kirchliche Begräbniß, d. h. nicht blos die kirchlichen Begräbniß-Ceremonien, sondern auch die kirchlich benedicirte Begräbniß-Stelle. Die in dogmatischer Tiefe liegenden Gründe dieser uralten Verweigerung sind wohl so allgemein bekannt, daß sie nicht hier, wo es uns nicht um eine recht umfangreiche, sondern um eine in aller Wahrheit prägnante Abhandlung zu thun ist, erst entwickelt werden müssen, und die legislative Gewalt der Kirche wird sich da so wenig etwas abdrängen lassen, als die executiven Organe derselben sich über dieses Begräbniß-

[aa]) I. Timoth. V, 20.

verbot wegzusetzen berechtigt sind. Zu bedauern nur sind dabei jene Pfarrer, die, indem sie, vielleicht ohne alle ermunternde Anerkennung seitens ihrer kirchlichen Vorgesetzten, pflichtmäßig Leichen der Akatholiken den katholischen Friedhof verschlossen halten, sich den bittersten Invectiven spionirender Journal-Correspondenten aussetzen. Auch die Diöcesan Bischöfe können da nichts abändern, und eigentlich auch nicht dispensiren, denn das Prohibitiv ist höherer Abkunft. Der Papst allein wäre, meinen wir, in der Lage, die katholischen Friedhöfe zur einfachen Beerdigung verstorbener Akatholiken in Verfügung zu stellen. War es einem Papste, Martin V., möglich, das Verbot, mit Excommunicirten, außer in gewissen Fällen, zu verkehren, auf ein den damaligen Zeitverhältnissen entsprechendes Maß zu reduciren[bb]); warum sollte es dem jetzigen Papste unmöglich sein, der Anschauung, welche die kirchliche Gemeinschaft nach der Trennung von Leib und Seele vornehmlich doch auf die letztere bezieht, nachzugeben, die Benediction des Friedhofes nur objectiv zur Unterscheidung seines Terrains von anderen profanen Räumlichkeiten, nicht aber in Beziehung auf die einzelnen Leichen, die ja doch ohnehin erst wieder in speciell benedicirten Gräbern bestattet werden, zu nehmen, und darum den Beerdigungen Derer, die dogmatischer Irrthümer wegen zur Zeit ihres Todes nicht mehr in kirchlicher Gemeinschaft gestanden zu haben scheinen — und wer wollte da jedenfalls von voller Gewißheit sprechen? — wenigstens bis zu der für den Lebensverkehr von Martin V. bestimmten Grenze kein Hinderniß weiter entgegenzustellen? Doch ist dieß nur unsere sehr subjective Meinung, die auch gewiß den Forderungen des Liberalismus noch nicht deferirt.

12. Welchen Sinn die Forderung confessioneller Gleichberechtigung, wenn sie überhaupt noch vernünftig sein soll, haben könne, haben wir bisher mehr und näher, als es unseres Wissens irgendwo bereits geschehen ist, zu bestimmen versucht; in der letzten Nummer wollen wir diese Forderung mit Rücksicht auf die österreichischen Zustände insbesondere würdigen. Vieles, was in dem Gedanken der confessionellen Gleichberechtigung liegt, ist in Oesterreich — wir sprechen von diesseits der Leitha, nicht von der terra indefinita jenseits — bereits in das Leben gekommen. So heißt es im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche und wird wirklich so gehalten: „Die Verschiedenheit der Religion hat auf die Privat-Rechte keinen Einfluß, außer in so ferne dieses bei einigen Gegenständen durch die Gesetze insbesondere angeordnet wird“ [cc]).

[bb]) Mart. V. Const. „Ad evitanda“ vom Jahre 1418.
[cc]) Allg. bürgl. G. B. §. 39.

Solche Differenzen kennt das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch zwar mehrere, die das Eherecht der in Oesterreich bestehenden Akatholiken und Juden angehen, außer diesen aber nur noch zwei, die zumal beide nur auf Juden Bezug nehmen. Davon ist die eine, die Zeugenschaft der Juden bei letztwilligen Anordnungen der Christen betreffend, bereits aufgehoben[dd]), die andere aber, daß der Abfall eines Kindes vom Christenthume eine Enterbungsursache abgeben soll[ee]), so geartet, daß man sie umgekehrt auch zu Gunsten jüdischer Aeltern ihren zum Christenthume übergetretenen Kindern gelten lassen könnte. Wer die Gnade des Glaubens erlangt hat, der wird sich durch solche Künste nicht schrecken lassen, der erkannten Wahrheit zu folgen; wem aber die Erbschaft lieber ist, als die Wahrheit und der Segen göttlicher Verheißung, an dem verliert die Kirche nichts. — Sehr bedeutend, nicht zu verkennen, sind die confessionellen Unterschiede im Eherechte. In so weit dieselben auf den religiösen Ueberzeugungen der verschiedenen Glaubensparteien beruhen, läßt sich dagegen gewiß nichts einwenden, es wäre denn, daß die Staatsgesetzgebung die das eheliche Verhältniß betreffenden Ansichten der Akatholiken und Juden, für welche Glaubensparteien das allgemeine bürgerl. Gesetzbuch in Geltung geblieben ist, in den darin enthaltenen Normen doch weniger beachtet, als die Ansichten der Katholiken in dem neuen Ehepatente vom 8. October 1856 beachtet werden. Dabei frägt es sich freilich vor Allem, ob denn die Akatholiken und Juden nach ihrem religiösen Bewußtsein der Staatsgesetzgebung so viel Dispositionsrecht über Eingehung und Auflösung der Ehe zugestehen, als die dießbezüglichen Normen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches voraussetzen. Dieß einstweilen angenommen, obwohl wir nur den katholischen Standpunkt kennen, sohin weder bejahen noch verneinen wollen oder können, scheint es nicht unbillig zu sein und in den Consequenzen der Gleichberechtigung zu liegen, daß die österreichische Gesetzgebung jene Umstände, die im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche als Ehehindernisse vorkommen, nach dem anbezogenen Ehepatente jedoch hinsichtlich der Katholiken in Oesterreich nur noch als Eheverbote gelten sollen[ff]), in entsprechender Weise auch hinsichtlich der Akatholiken

---

[dd]) Allgem. bürgl. G. B. §. 593 — dagegen kais. Verordnung vom 6. Jänner 1860 (R. G. Bl. Nr. 9).

[ee]) Allg. bürgl. G. B. §. 768, 1.

[ff]) Hieher gehören: das Ehehinderniß der Minderjährigkeit (allg. bürgl. G. B. §§. 49—53 — Ehepat. §§. 5—9), des Militärstandes (allg. bürgl. G. B. §. 54 — Ehepat. §. 10), der Verurtheilung wegen eines schweren Verbre-

und Juden nur noch als Eheverbote mit den für Katholiken bestimmten Folgen gelten lasse. Warum muß die Ehe unter denselben staatlichen Voraussetzungen bei Protestanten und Juden ungiltig, bei Katholiken dagegen, ja wenn gleich nur Ein Theil katholisch ist, giltig sein? Man kann dagegen nicht einwenden, daß es hinwider nach dem für Katholiken maßgebenden Kirchenrechte Ehehindernisse gibt, welche das Gesetzbuch nicht anerkennt, da also auch unter ganz gleichen Umständen eine Ehe unter Katholiken, ja wenn auch nur Ein Brauttheil katholisch ist, nicht gilt, unter Akatholiken allein aber und unter Juden giltig ist, denn es sind dieß Ehehindernisse, welche die Gesetzgebung nicht aus Staatsraison, nur im Anschluß an die kirchliche Legislation und darum auch nur für Katholiken gelten läßt. Andererseits könnte man in weiterer Betrachtung des beregten Gegenstandes die Frage stellen, warum es für Akatholiken und Juden gewisse Ehehindernisse geben soll, die nunmehr bei den Katholiken auch nicht einmal als Eheverbote Geltung haben [gg]). — Daß eine Ehe, die ursprünglich schon eine Mischehe gewesen und solche geblieben, so wie eine Mischehe, die aus einer zwischen zwei Katholiken geschlossenen Ehe entstanden ist, nicht durch richterliche Intervention aufgehoben werden soll, erscheint vielleicht manchem Protestanten als eine Begünstigung des katholischen Ehegatten, läßt sich aber allenfalls noch begütigend aus den Wirren, welche die Behandlung solcher Mischehen nach dem Paritätsprincipe haben könnte, gar wohl erklären; wie aber wollte man es mit diesem Principe vereinigen, daß auch dann die Ehe nicht mehr durch richterliche Dazwischenkunft getrennt werden könne, wenn zwar beide Gatten akatholisch sind (also die Ehe für trennbar halten), aber nicht schon bei Schließung derselben Beide akatholisch waren, oder es zwar waren, dann aber Beide katholisch und später wieder akatholisch geworden sind [hh])? Wie sollte es sich mit eben diesem Principe reimen, daß, wenn bei Schließung der Ehe wenigstens

---

chens (allg. bürgl. G. B. §. 61 — Ehepat. §. 12), des Ehebruchs (allgem. bürgl. G. B. §. 67 — Ehepat. §. 13), des völlig unterlassenen Aufgebots (allg. bürgl. G. B. §§. 69, 74 — Ehepat. §. 14).

gg) So das Ehehinderniß der Entführung, in so weit bei der Entführung nicht Gewalt gebraucht worden ist, dann jedenfalls, wenn die entführte Person männlichen Geschlechtes ist, oder die Ehe nicht zwischen der entführten Person und der entführenden geschlossen werden soll (s. allg. b. G. B. §. 56 — Conc. Trid. XXIV. 6. de ref. matr.), das Ehehinderniß des über die Schwangerschaft der Braut von einem Anderen bestehenden Irrthums des Bräutigams (a. b. G. B. §. 58), das Ehehinderniß des Gattenmordes im Falle des bloßen Versuchs (§. 68).

hh) Ehepat. §. 57.

Ein Theil der katholischen Kirche angehört hat oder erst beide Gatten in die katholische Kirche eingetreten sind, dieselbe aber später wieder verlassen haben, von dem über die Giltigkeit der Ehe verhandelnden Gerichte, welches eben das katholische Ehegericht nicht ist, „Hindernisse, welche dem Kirchengesetze fremd sind, als Grund der Ungiltigkeit nicht anzuerkennen" seien [j])? Doch sind diese beiden ganz offenbar in Begünstigung der katholischen Kirche stylisirten Anordnungen nur für die Staatsgerichte, denen das Eheweisen der Akatholiken und Juden zugewiesen ist, nicht für die confessionellen akatholischen Ehegerichte maßgebend; sind also nur interimistischen Characters und fallen mit der Errichtung akatholischer Ehegerichte von selber fort [kk]). Dagegen ist noch keine Aussicht vorhanden, daß es, auch wenn diese akatholischen Ehegerichte in's Leben getreten sein werden, von der Vorschrift abkommen werde, es solle die Untersuchung über die Giltigkeit von Mischehen, die solches vom Anfange an gewesen, oder aus einer ganz katholischen Ehe entstanden sind, so wie die solche Ehen betreffende Scheidung von Tisch und Bett nur dem katholischen Ehegerichte zustehen [ll]). Und doch wäre das Zugeständniß, welches dießfalls den Akatholiken gemacht werden könnte, auch ihrerseits über die Giltigkeit der Ehe zu urtheilen, nur ein geringes, und bei dem Umstande, daß denn doch über die Giltigkeit einer Mischehe, die aus einer zwischen zwei Akatholiken geschlossenen Ehe entstanden ist, nicht blos das katholische Ehegericht zu urtheilen hat, nichts Auffallendes. Steht in *diesem* Falle das einheitliche Wesen der Ehe den zweierlei Beurtheilungen ihrer Giltigkeit nicht im Wege, warum denn, ließe sich fragen, in *jenen* Fällen? Freilich, wer wollte mit einem Gesetzgeber rechten, der mit all' dem Versprechen „principieller Gleichheit vor dem Gesetze" und „der Gleichberechtigung aller anerkannten Confessionen nach sämmtlichen Richtungen des bürgerlichen und politischen Lebens" doch auch seiner Stellung als Mitglied der katholischen Kirche nicht entsagen wollte und nur in sehr einfacher Consequenz zu dieser Stellung zu handeln meint, wenn er die Jurisdiction seiner Kirche nicht weiter beengt, als er sie *im Drange der Verhältnisse* bereits beengt hat? Darin liegt aber auch der Schlüssel zur Lösung des großen Räthsels, daß es in Oesterreich mit der bereits angebahnten Gleichberechtigung der Confession nicht sehr vorwärts geht. Man

---

[j]) Eherat. §. 56.
[kk]) Eherat. Art. I. Kais. Pat. v. 8. April 1861 §. 14 (R. G. Bl. Nr. 91).
[ll]) Eherat. §§. 4 u. 59

hat das Concordat angeschuldigt [mm]) und darum vornehmlich Revision, Aufhebung desselben verlangt. Als ob mit diesem Vertrage erst des Kaisers kirchliche Pflicht, auch seinerseits mit den ihm rechtlich zur Verfügung stehenden Mitteln das Interesse der Kirche zu wahren und zu fördern, entstanden wäre, also mit seiner Aufhebung wieder aufgehoben werden könnte! Was im Concordate vorkömmt, ist im Ganzen nur das vom allgemeinen kirchlichen Standpunkte aus Nothwendige; die wenigen eigenthümlichen Verpflichtungen, die zu Gunsten der katholischen Kirche stipulirt wurden, sind den anderen christlichen Glaubensparteien gegenüber entweder wirklich bereits ausgeglichen, oder werden, schon um der deutschen Bundesacte wegen [nn]), auf die man so vielmal verwiesen hat und wohl fortan verweisen wird, bald ausgeglichen werden. Dürfen aber auch die „Evangelischen" in Oesterreich mit allem Grunde erwarten, daß jene politischen Differenzen, um derentwillen sie mißmuthig auf die katholische Kirche hinübersehen, in Bälde noch wegfallen werden: dort, wo bei solchen Abänderungen das katholische Interesse schlechter gestellt würde, werden die Katholiken vertrauungsvoll erwarten dürfen, daß der katholische Kaiser bei der Ausübung seines Gesetzgebungsrechtes über das katholische Bewußtsein mit dessen Forderungen sich nicht wegsetzen wolle.

---

mm) Was hat man unter dem „wuchtigen Drucke der Concordats-Bestimmungen" mit kirchenfreundlichen Augen nicht schon aus dem Concordate herausgelesen! Die Zang'sche „Presse", der wir die signirte Phrase entnehmen, findet sogar (Jahrg. 1865, Nr. 333): „Nebst andern volksfreundlichen Bestimmungen hatte das Concordat den Zweck, die katholische Kirche Oesterreichs zu centralisiren, mit der Zeit sollte das Wiener Primat herrschend werden über die Episcopate von ganz Oesterreich". Dieser Plan, den die Jesuiten ursprünglich begünstigten, sei dennoch gescheitert. — Das ist wirklich neu, überraschend neu und beschämend für Alle, die das Concordat bisher gelesen, studirt und gebraucht haben, ohne diesen Plan zu finden. Wir bewundern den wohlorganisirten Spürsinn!

nn) Art. XVI. „Die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien kann in den Ländern und Gebieten des deutschen Bundes keinen Unterschied im Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte begründen."

IV.

Zur Lehre von der diebiſchen Abſicht (dem animus lucri faciendi).

Vom Herrn Dr. Auguſt Geyer, k. k. ordentl. öffentl. Profeſſor der Rechte in Innsbruck.

Wenn wir in dem Folgenden zum nächſten Gegenſtande unſerer Betrachtungen Fälle nehmen, welche ſich nur ſehr ſelten ereignen oder doch nur ſehr ſelten Gegenſtand ſtrafrichterlicher Beurtheilung werden, ſo würde man doch mit Unrecht hiergegen den Einwand müſſigen und unpraktiſchen Schulſtreites erheben. Allerdings iſt man mit dergleichen Vorwürfen ſehr ſchnell bei der Hand, ohne zu bedenken, daß gerade die Feſtſtellung der äußerſten Grenzen der Verbrechensbegriffe die erſte Vorbedingung für eine richtige Einſicht in das Geſetz iſt. Von dieſen äußerſten Grenzen her fällt dann erſt das klarſte Licht auf den Inhalt der von jenen umſchriebenen Sphäre ſelbſt. Es wird ſich zeigen, daß die richtige Charakteriſirung der unten beſprochenen Fälle einen nicht ganz unwichtigen Beitrag zu der Lehre von jenen Verbrechen bildet, deren ſubjectiver Thatbeſtand häufig mit dem Ausdrucke „gewinnſüchtige Abſicht“ oder „animus lucri faciendi“ bezeichnet wird.

I.

Unter den deutſchen Rechtsſprichwörtern, welche für das Strafrecht von Bedeutung ſind, findet ſich eines, welches bis in die neueſte

Zeit herab Anlaß zu Meinungsverſchiedenheiten gegeben hat. Wir meinen die Parömie: „Tauſch iſt kein Raub", oder: „Ein Tauſch iſt kein Raub". Von Carpzov, wie es ſcheint, zuerſt criminaliſtiſch verwerthet (er nennt es proverbium illud vulgatum), hat es wiederholt verſchiedene Auslegungen erfahren und hat zugleich zu genauerer Prüfung des räuberiſchen Dolus geführt. Eiſenhart (Grundſätze des d. R. in Sprichwörtern, dritte Ausgabe, S. 470) giebt dasſelbe Beiſpiel zur Verdeutlichung des Sprichwortes, wie M. Dietherr (Deutſche Rechtsſprichwörter von Ed. Graf und M. Dietherr, Nördlingen 1863, S. 371), ein Beiſpiel, welches auch Kreß in ſeinem Comment. succ. u. A. bereits aufgeſtellt hatten. Dietherr ſagt in dieſer Hinſicht (a. a. O. S. 371): „Das weſentliche Merkmal iſt auch beim Raube das ihm zu Grunde liegende Motiv: die Habſucht; deshalb heißt es auch: ein Tauſch ſei kein Raub; wer, auf voller Flucht begriffen, ſeinen Verfolgern zu entgehen, kein anderes Mittel mehr zur Hand hat, als eine ſchnelle Umkleidung, um ſich unkenntlich zu machen, macht ſich nicht des Raubes ſchuldig, wenn er einen ihm begegnenden Mann allenfalls zum Kleidertauſche gewaltſam nöthigt und ihm ſeine eigenen Kleider dafür überläßt, denn ſeiner Handlung war ja die eigennützige Abſicht, die den Raub zum Raube macht, fremd geblieben [1])." Ein Beiſpiel, welches beſonders dann leicht blenden kann, wenn man ſich denkt, daß ein vornehmer Flüchtling ſeine koſtbaren Kleider auf ſolche Weiſe mit dem unſcheinbaren Gewande eines halsſtarrig ſich widerſetzenden Bauersmannes tauſcht.

Eine ſolche Vorausſetzung würde indeſſen wohl gar in die Kategorie der bloßen „Schulfälle" verwieſen werden. Halten wir uns darum an die nüchterne Wirklichkeit eines allerdings nicht allzu romantiſchen Falles. — In der allgemeinen öſterreichiſchen Gerichts-Zeitung (1854, Nr. 53, S. 218) findet ſich eine Entſcheidung des öſterreichiſchen oberſten Gerichts- und Caſſationshofes (vom 15. Februar 1854, Z. 1215), welche uns einen paſſenden Anknüpfungspunkt für die nachfolgenden Erörterungen bietet.

Das Landesgericht hatte für erwieſen gehalten, daß die Angeklagte, Thereſia D., der Magdalena G. Gewalt angethan habe, dasſelbe nahm aber nicht an, daß die Angeklagte dabei beabſichtigt habe, der G. bloß

[1]) Der Herausgeber der obengenannten „Grundſätze ꝛc., dritte Ausg.", K. E. Otto, verweiſt (S. 470, N. 2) auf Böhmer (ſ. ſpäter) und meint, entſcheidend ſei, ob der Tauſch Gewinnſtes halber unternommen ward.

ihr „Vortuch" zu entziehen, sondern fand die Absicht von Seite der Angeklagten dahin gerichtet: „den vorgehabten Tausch des Vortuches der G. mit dem ihrigen durchzusetzen, mithin eine Leistung zu erpressen. Da die Anwendung der Gewalt (fährt der Cassationshof fort), um eine Leistung zu erpressen, im §. 98 lit. a als das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit bezeichnet ist .... so kann auch der Cassationshof in der That der Angeklagten nur das eben genannte Verbrechen erblicken, und darin um so weniger das Verbrechen des Raubes nach §§. 190 und 194 des St. G. B. erkennen, als die auf die bloße Entziehung des Vortuches gerichtete Absicht vom Landesgerichte ausdrücklich ausgeschlossen worden ist." (Vergl. Glaser in Haimerl's Magazin X, S. 191 und S. 203 f., und in seinen Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrechte S. 171 f., Note.)

Der Staatsanwalt hatte die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt, weil nach seiner Rechtsansicht die That der Angeklagten nach den §§. 190 und 194 St. G. B. als Raub zu behandeln war. Wir halten diese Ansicht auch für die richtige.

Ehe wir den Beweis hiefür antreten, scheint es angemessen, den Entscheidungsgrund des Landesgerichtes, welchen sich auch der Cassationshof angeeignet hat, zu würdigen. Er besteht darin, daß die „auf die bloße Entziehung des Vortuches gerichtete Absicht" der Angeklagten verneint, dagegen die Absicht angenommen wird, einen „vorgehabten Tausch durchzusetzen, mithin eine Leistung zu erpressen". Außer Streit ist also die Beschaffenheit der angethanen Gewalt; diese war von der Art, daß der Annahme eines Raubes in dieser Beziehung nichts im Wege stand. Aber dabei hat angeblich die Angeklagte nicht beabsichtigt, das Vortuch „zu entziehen", sondern „eine Leistung zu erpressen", nämlich die Erfüllung des Tauschvertrages durch die Uebergabe der in Frage stehenden beweglichen Sache.

Kann man nun vielleicht ohne weitere Unterscheidung behaupten, daß der Thatbestand des Raubes durch die auf eine derartige „Leistung" gerichtete Absicht ausgeschlossen werde? Liegt jedesmal kein Raub vor, wenn der Vergewaltigte die ihm abgeforderten beweglichen Sachen, dem Willen des Verbrechers entsprechend, selbst diesem sogleich übergiebt?

Nach gemeinem Rechte waltet in dieser Beziehung wohl kein Bedenken ob. Die communis opinio spricht Köstlin in seinen Abhandlungen (S. 392) aus, wenn er sagt: „Auch braucht die Sache nicht von dem Räuber dem Beraubten geradezu abgenommen zu sein, sondern es genügt, wenn der Letzte durch die Gewalt oder Drohung ver-

mocht wurde, ſie ſelbſt zu übergeben". Man vergleiche ſchon Weſtphal Criminalrecht S. 194, §. 1; ſodann Grolman's Grundſätze der Criminalrechtswiſſenſchaft, 4te Aufl., §. 233 (S. 247), und Tittmann's Handbuch §. 507 der erſten Auflage (§. 481 der zweiten), welche Beide verlangen: daß die Gewalt angewendet wird, um den Beſitzer von dem Schutze der wegzunehmenden Sache abzuhalten, oder ihn zur Uebergabe derſelben zu zwingen. Derſelben Anſicht iſt Schwarze, Jahrbücher für ſächſiſches Strafrecht (1840) S. 57, Note, und Rechtslexikon, IX. Band, S. 25, Note 207. Man vergleiche ferner (mit beſonderer Bezugnahme auf das frühere bayeriſche Recht) Cucumus im N. Arch. 1834, S. 64. Endlich Berner, Lehrb., 2te Aufl., S. 335 [1]).

Ausführlicher und ganz ſachgemäß äußert ſich Burchardi im N. A. 1846, S. 296. Er ſagt: „Der Raub charakteriſirt ſich im Gegenſatze (zu der Concuſſion) nur durch ein paſſives Verhalten, d. h. durch eine Duldung des Damnificaten. Dieſes Raubmerkmal iſt aber nichts Eſſentielles, ſondern nur ein Naturale. Denn es kann recht wohl vorkommen, daß der Bedrohte ſich zu einer Leiſtung verſteht, in welchem Falle deſſenungeachtet ein Raub angenommen werden muß. Die Richtigkeit dieſer Annahme hat ſich in der Praxis ſchon ſehr oft herausgeſtellt. Man nehme folgende einfache Fälle an, welche bereits vorgekommen ſind.

Der A überfällt den B auf offener Landſtraße und ſetzt ihm ein ſcharf geladenes Piſtol mit den Worten auf die Bruſt: Die Börſe oder das Leben! Der Bedrohte übergiebt darauf dem Verbrecher ſeine Geldbörſe. Hier liegt ein ... Raub und keine Concuſſion vor. Nöthigt dagegen der A den B unter der Drohung des Todtſchießens zur Ausſtellung eines Schuldſcheines über 1000 Thaler, ſo iſt eine Concuſſion vorhanden. Denn die Leiſtung des Bedrohten iſt hier ſo geeigenthümlicht, daß unbedenklich von einem Raube nicht die Rede ſein kann. Nöthigt endlich der A den B unter Androhung nicht augenblicklicher, ſondern künftiger Uebel zur Uebergabe des bei ſich führenden (sic!) Geldes, ſo kann ebenfalls kein Raub, ſondern nur eine Concuſſion angenommen werden."

[1]) Unter den Aelteren vertheidigt ſchon Carpzov Pract. quaest. 90 n. 66—70 dieſe Anſicht (ſiehe den daſelbſt n. 70 angeführten Fall); vergl. Mevius Comm. in jus Lub. P. IV. tit. II. art. 1. Nr. 13 (S. 767). Gegen Matthaeus de crimin. ad lib. 47 Dig. tit. 7 („de concussione") cap. 1 n. 1 ſehe man Henke Handbuch III, S. 177. — Vergl. noch mit Rückſicht auf das gemeine und das württembergiſche Recht Hufnagel Comment. III, S. 379 ff.

Zweifel konnten höchſtens unter dem Einfluße der nun faſt allgemein aufgegebenen Anſicht entſtehen, daß der Raub ein aus Diebſtahl und Gewaltthätigkeit zuſammengeſetztes Verbrechen ſei, was in der neueſten Zeit unter den gemeinrechtlichen Schriftſtellern nur noch Marezoll (Deutſches Criminalrecht, dritte Aufl., S. 520, N. 1, und S. 523, N. 4) anzunehmen ſcheint. Gerade dieſe Auffaſſung findet ſich nun allerdings noch in manchen neueren Geſetzbüchern, z. B. im braunſchweigiſchen, §. 175. Das badiſche, §. 410, gehört nur ſcheinbar in dieſelbe Kategorie, da es doch nur Nöthigung „zur Ueberlaſſung der Sache" verlangt. Im heſſiſchen Geſetzbuche wird, wie man nach richtiger Interpretation annehmen muß, zwar unſer Fall unter die Erpreſſung zu ſtellen ſein, dieſe zieht aber die Strafe des Raubes nach ſich, wenn die vis absoluta oder compulsiva ſo beſchaffen iſt, wie beim Raube (Art. 350, vergl. 344, 349). Aehnlich ſind die Beſtimmungen des preußiſchen Strafgeſetzbuches, welches zum Raube allerdings ein „Wegnehmen" in demſelben Sinne, wie bei dem Diebſtahl, fordert (§. 230), dafür aber den Erpreſſer „gleich einem Räuber" beſtraft, wenn nur die von ihm ausgegangene Drohung oder Gewalt denſelben Charakter, wie bei dem Raube, trägt. Eben ſo Bayern 1861, Art. 300, vergl. 303, Nr. 1 [1]). Den beſten Weg, um alle Bedenken zu beſeitigen, hat wohl das ſächſiſche Strafgeſetzbuch (das Criminalgeſetzbuch war ähnlich wie das heſſiſche vorgegangen, Art. 163, vergl. 166, Nr. 1) eingeſchlagen, indem es im Art. 177 ausdrücklich ſagt: „Wer durch Anwendung von Gewalt ..... ſich fremden beweglichen Gutes bemächtigt, oder deſſen Herausgabe erzwingt, wird als Räuber beſtraft" u. ſ. w.

Was nun unſer öſterreichiſches Recht angeht, ſo ſcheint im Allgemeinen nie bezweifelt worden zu ſein, daß der Thatbeſtand des Raubes im Sinne des §. 169 des St. G. B. von 1803 (bekanntlich unverändert aufgenommen in das jetzige Strafgeſetzbuch als §. 190) auch dann noch vorliegt, wenn der von dem Verbrecher Bedrohte ſeine bewegliche Habe unter dem Eindrucke der Drohung, welche eine unmit-

[1]) In demſelben Sinne ſcheint das Luzerner Strafgeſetzbuch von 1836 (§. 222, vergl. 231, Nr. 1) zu verfahren, doch ſteht einer anderen Interpretation nichts im Wege, da der räuberiſche dolus eben ſo, wie im öſterreichiſchen Rechte, charakteriſirt iſt, welchem ſich jenes Geſetzbuch überhaupt ſehr häufig angeſchloſſen hat. — Der Code pénal du Canton de Vaud von 1843 theilt dagegen ohne Zweifel die Richtung der oben angeführten Geſetzbücher; ſ. art. 275 (brigandage) und art. 280 (extorsion).

telbare Vollziehung fürchten läßt, ſelbſt ausliefert. Jenull Commentar, 2. Theil (2. Aufl. 1837) S. 180 erklärt ja ſogar ganz allgemein: „Da ein gewaltſamer Tauſch einer eigenen Sache mit einer fremden dieſe nicht zur eigenen umſchaffen kann, ſo wird dieſer Umſtand die That nicht ändern". Freilich ſtimmt damit nicht die bei den öſterreichiſchen Schriftſtellern gewöhnlich feſtgehaltene Anſicht, daß der Raub ein aus Diebſtahl und Gewaltthätigkeit zuſammengeſetztes Verbrechen ſei, da ja kein „Diebſtahl" übrig bleibt, wenn man in dem fraglichen Falle in Gedanken die Gewaltthätigkeiten von dem Thatbeſtande ausſondert. Gleichwohl muß man aus dem, was z. B. Koppel in der öſterreichiſchen Zeiſchrift 1836, II. Band, S. 366, und Waſer ebenda 1840, II. Bd., S. 351 Note über die „Drohung mit Raub" bemerken, den Schluß ziehen, daß ſie der oben angegebenen communis opinio der gemeinrechtlichen Schriftſteller beiſtimmen.

Dieſe communis opinio iſt aber von dem oberſten Gerichtshofe ſelbſt zu wiederholten Malen als die richtige anerkannt worden, wie ihr denn auch die Worte des §. 190 des St. G. B.: „um ſich ihrer oder ſonſt einer fremden beweglichen Sache zu bemächtigen", nicht im Wege ſtehen. So z. B. in der Entſcheidung vom 29. December 1851, G. Z. 1852, Nr. 15; Herbſt Entſcheidungen S. 186 (ſo weit es ſich um die „herausgegebene Brieftaſche" handelt); ferner in der Entſcheidung vom 14. Mai 1856 (G. Z. Nr. 86, Herbſt S. 185 f.), beſonders aber in jener vom 17. Februar 1857 (G. Z. Nr. 68, Herbſt Entſch. S. 72 f., Glaſer Abhandlungen S. 260 N. 312, und S. 263 N. 315). Der oberſte Gerichtshof nahm hier (die Entſcheidungsgründe des Oberlandesgerichtes ſich aneignend) blos Erpreſſung an, nur weil die „gebrauchte Drohung" ſich nicht bis zu der Bedeutung einer dem Bedrohten „angethanen Gewalt" erhoben hatte. Der charakteriſtiſche Unterſchied zwiſchen Raub und Erpreſſung wurde — und gewiß mit Recht — „in der Art und Beſchaffenheit der Drohung" gefunden, „nicht in der Abſicht des Thäters, welche bei beiden Verbrechen dieſelbe, bei der Erpreſſung ſo gut wie bei dem Raube, auch auf Geld gerichtet ſein könne" [1]). Und der dieſer Entſcheidung zu Grunde liegende Fall war doch gerade ein ſolcher, bei welchem die Abſicht des Thäters auf Erzwingung der Uebergabe beweglicher Sachen gieng. Derſelbe gab ſich nämlich

[1]) Natürlich iſt, wie der Zuſammenhang ergiebt, der Fall nicht gemeint, wenn die Abſicht nicht darauf gerichtet iſt, ſich einer fremden beweglichen Sache zu bemächtigen, in welchem nur Erpreſſung vorhanden iſt (vergl. Glaſer a. a. O. S. 263 f.).

für ein Mitglied einer Räuberbande aus, und wußte durch seine Drohungen zuletzt wirklich vier Zwanziger herauszulocken. Nirgends erscheint auch nur die eventuelle Absicht, das Geld Jemanden mit Gewalt selbst wegzunehmen, irgendwie angedeutet; dennoch erkannte das Landesgericht auf Raub, die beiden Obergerichte aber regten dagegen nicht im Entferntesten ein Bedenken wegen der „auf Erzwingen einer Leistung" gerichteten Absicht (sondern nur wegen der Art der Drohung) an.

Irgend einen inneren Grund dafür, daß die Erzwingung der Uebergabe einer beweglichen Sache ceteris paribus gelinder zu strafen sei, als die gewaltsame Wegnahme derselben, wird man wohl kaum aufzufinden im Stande sein. Sahen sich ja doch eben jene Gesetze, welche dem Begriffe des Raubes in dieser Beziehung engere Grenzen zogen (s. oben), bemüssigt, dafür den hier streitigen Fall, wenn auch unter dem Namen der Erpressung, mit der Strafe des Raubes zu belegen. Da nun aber nach österreichischem Rechte die Erpressung bedeutend mildere Strafe als der Raub nach sich zieht, so wäre eine Interpretation, welche in dem Wortlaute des Gesetzes kaum einen Anhaltspunkt finden dürfte, ganz gewiß dem Sinne desselben nicht entsprechend [1]).

Dieß führt uns weiter zur directen Begründung unserer Ansicht über den nicht gerade passend so genannten „gewaltsamen Tausch" (denn so könnte man ja auch von jedem anderen Raube sagen, er sei eine gewaltsame Schenkung — diese Worte Wächter's [Lehrbuch des deutsch-römischen Strafrechtes II, S. 346] passen auch auf den obigen Ausdruck, indessen wäre er freilich nur durch eine schleppende Umschreibung zu ersetzen). Die an die Spitze unserer Ausführung gestellte gerichtliche Entscheidung stützt sich zwar — so viel glauben wir bisher dargethan zu haben — auf einen nicht stichhaltigen Entscheidungsgrund, aber vielleicht ist sie doch in materia richtig, weil ihr ein Fall zu Grunde liegt, welcher eben in die Kategorie des sogenannten gewaltsamen Tausches gehört. Wird die Sache in dieser Weise aufgefaßt, so ist es dann rechtlich gleichgiltig, ob dieser „Tausch" realisirt wurde durch die Erzwingung der Uebergabe der eingetauschten Sache oder durch die gewaltsame Wegnahme derselben. Sobald nachgewiesen wird, daß das

[1]) Man bedenke nur noch, daß das Josephinische Strafgesetzbuch §. 165 von Zwang „zur Entdeckung des Guts", und §. 166 von der Absicht, die Sachen dem Angefallenen „abzunehmen" spricht, während das jetzige Strafgesetzbuch §. 190 statt dessen den allgemeinen Ausdruck: „sich zu bemächtigen" hat.

oben erwähnte Rechtsſprichwort: „Tauſch iſt kein Raub", eine Rechtswahrheit ausdrückt, könnte man unſeren Fall allerdings nur als Erpreſſung behandeln.

Die Controverſe deren Gebiet wir hiermit betreten, iſt zuletzt zurückzuführen auf die verſchiedenartige Auffaſſung des animus lucri faciendi, welcher allerdings eben ſo zum Thatbeſtande des Raubes, wie zu dem des Diebſtahles gehört. Der Raub iſt deshalb eben ſo wenig eine Unterart des Diebſtahls, wie etwa die Veruntreuung oder ſonſt irgend ein Delict, welches nicht ohne animus lucri faciendi begangen werden kann. Wäre daher etwa bei dem gewaltſamen Tauſche kein animus lucri faciendi anzunehmen, ſo würde man es aufgeben müſſen, ihn als Raub anzuſehen.

Carpzov, welcher die Controverſe in die Litteratur einführte (quaest. 91 n. 9—13), meint allerdings zunächſt, Tauſch ſei kein Raub, und man könne ob violentam et coactam permutationem nur auf eine poena extraordinaria erkennen, macht aber davon eine Ausnahme (n. 13): „si grassator rem majoris pretii pro re etiam minima ac nullius pili extorqueat, quin vera committatur rapina hujusque criminis poena obtineat, nullus dubito fügt auch hinzu: Et sic a Scabinis saepius pronunciatum, memini. Dieſelbe Anſicht findet ſich bei Mevius Comm. in j. Lub. Pars IV. Tit. II. art. 1. n° 14 (S. 767) und bei Stryk us. mod. Pand. ad lib. 47 tit. 8 §. VI. Desgleichen bei Frölich von Frölichsburg Commentar (1714) II, 4. Bd., 15. Titel, N. 7 (S. 389), wo es heißt: „es wäre dann, daß für ein Sach von guten Werth ein Narredey und geringfügiges Weſen Tauſch-weiß zugeworffen wurde, dann in dergleichen Begebenheit iſt kein Tauſch, ſondern für ein wahre Beraubung zu halten". Vergl. noch Kress Commentat. succ. ad art. 126, §. 4, not. 2 (S. 351 der Ausg. von 1786), Klein (Note d zu Quiſtorp, 6. Aufl., §. 398), Martin Lehrb., §. 304, n. 11 (mit Berufung auf Soden Geiſt der peinl. Geſetzg., aber auch auf Salchow Syſtemat. Entwickelung des Verbr. der Entw., S. 186), Tittmann Handb., §. 506 der erſten (§. 480 der zweiten) Ausg. — Am beſten hat dieſe Anſicht Klien begründet, auf welchen wir deshalb noch einmal zurückkommen.

Ganz vereinzelt ſteht Roßhirt mit ſeiner Meinung (Geſchichte und Syſtem II. S. 163), wenn er ſagt: „Der Ueberfall, um Jemanden .... zu einer obligatio zu nöthigen, iſt kein Raub; der Zweck muß eine occupatio ſein, und ſo ferne man eine andere Sache dagegen giebt,

wenn dieß nicht ſowohl Verhöhnung als Ernſt iſt, findet der Begriff von Raub nicht Anwendung".

Manche Schriftſteller drücken ſich ſo aus, daß ſie ſich der Anſicht Klien's zu nähern ſcheinen [1]), wie z. B. Abegg Lehrbuch S. 496, Marezoll a. a. O. S. 524, Note 1, auch Wächter a. a. O. S. 346 und Heffter Lehrbuch §. 517, Note 12 in Verbindung mit §. 489, Note 14 — was wohl auch von denjenigen gelten mag, welche den „aus gewinnſüchtigen Abſichten unternommenen gewaltſamen Tauſch" (wie Grolman a. a. O. §. 234, Note a, vergl. Quiſtorp §. 398 und Salchow Lehrbuch, 3. Ausgabe, §. 397, Note ** Raub nennen, oder die „Abſicht zu gewinnen" vorausſetzen (wie Feuerbach Lehrb. §. 357) — vergl. Wächter a. a. O., Mittermaier Note II zu Feuerbach §. 357.

Dagegen hat ſchon Böhmer ad Carpzov. quaest. 91 n. 13 observ. 1 und Meditat. in C. C. C. ad art. 126 §. XII den gewaltſamen Tauſch für Raub erklärt, weil ein lucrum imaginarium zum Thatbeſtande des letzteren genüge. Leyser meditat. spec. 535 med. 24 (auch von Böhmer citirt) und spec. 539 Coroll. 1 findet, an ein unpaſſendes Beiſpiel anknüpfend, daß die rapina sub specie commodati eben ſo wie die rapina sub specie permutationis velata die Schwertſtrafe nach ſich ziehen müſſe. Entſchieden wird die Frage bejaht von Henke Handb. III, S. 153 f., Schwarze de crim. rapinae §. 31, Jahrb. für ſächſ. Strafrecht S. 70 f. (N. 38) und im Rechtslex. IX, S. 23, N. 191, Häberlin Grundſätze des Criminalrechts, 3. Band (1848), S. 400, 401, Köſtlin Abhandlungen S. 390, N. 2 in Verbindung mit S. 245, N. 2; vielleicht darf man auch Wächter a. a. O. S. 345 f. hieher ſtellen. Mit Bezug auf das württemb. Recht Hufnagel a. a. O. II, S. 290 f.

Hieraus iſt wohl erſichtlich, daß die Controverſe ſich heutzutage nur auf die Alternative bezieht: ob der gewaltſame Tauſch ohne weiteres oder nur mit Rückſicht auf den unverhältnißmäßigen Werth der „getauſchten" Sachen unter den Begriff des Raubes fällt. Wie wir bereits angedeutet, iſt Klien der bedeutendſte Vertreter der ſchon von Carpzov eingeſchlagenen Richtung; hören wir darum ſeine „nicht unwichtigen Zweifel" (Worte Wächter's a. a. O. S. 346).

---

[1]) Ein apodiktiſches Urtheil über die in dieſem Zuſammenhange genannten Schriftſteller findet in ihren Ausſprüchen keine hinlängliche Grundlage.

Zuvor ist eine Bemerkung über den Zusammenhang des Gedankenganges bei Klien nöthig. Er hat die Ansicht, daß „der Raub allemal auch Diebstahl in sich schließen muß" (Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, S. 452, Note q). Sei daher Jemand (wie in dem unten folgenden Falle) nicht als Dieb zu behandeln, so könne er auch durch das bloße Hinzutreten der Gewalt nicht Räuber werden. Die Deduction Klien's, welche wir nun wiedergeben, gilt also auch für den gewaltsamen, nicht bloß, wenn man so sagen könnte, für den „listigen oder heimlichen" Tausch.

Klien (a. a. O. S. 339 f.) geht von folgendem Beispiel aus: „Cajus sucht eine Gemme oder irgend ein Kunstwerk vergebens durch Kauf zu erlangen, weil es seinem Besitzer, dem Sempronius, nicht feil ist. Jetzt holt er es heimlich weg, ohne jedoch sofort im Momente des diebischen Actes selbst Vergütung zu leisten — so zweifle ich meinerseits ..... keinen Augenblick an dem Dasein eines vollkommenen Diebstahls. Aber wie, wenn er dafür die Summe hinlegt, welche als höchster Kaufpreis der Sache angesehen werden kann, oder andere Sachen von gleichem Werthe; ist er auch dann ein Dieb? Habsucht ..... ist mit dem ungezügelten Verlangen, fremdes Eigenthum durch eine Rechtsverletzung zu besitzen, bei ihm vorhanden ..... Und doch bin ich fast (fest?) überzeugt, daß wir diese Handlung ... nicht Diebstahl nennen würden. Nach allgemeinen Ansichten, welche das natürliche und positive Criminalrecht nehmen, zwar mit Unrecht; aber doch auch nach letzterem gewissermaßen mit Recht.

Denn wenn schon die positiven Gesetze diesen hier erwähnten sonderbaren Fall von den Regeln des Diebstahl nicht ausdrücklich ausnehmen, so haben sie doch, das wird Niemand läugnen, an selbigen ganz und gar nicht gedacht. Ihre Ansichten, ihre Benennungen, ihre Strafen haben blos die gewöhnlichen Fälle vor Augen, wo der Ergreifende den Titel der Occupation auf fremdes Eigenthum anwenden will, um seine Vermögensmasse unbedingt und ohne dafür sofort bei der That selbst Schadloshaltung zu geben, zu vermehren. Es könnten auch die gewöhnlichen Diebstahlsgesetze hier schon um deßhalb keine Anwendung finden, weil dasjenige, was der Dieb wirklich bei dem Acte des Diebstahls bezahlt und also in unmittelbares Verhältniß mit selbigem gesetzt hat, in Anschlag kommen muß, wenn die Strafe nach der Größe der Entwendung berechnet werden soll. Da ergäbe sich aber hier das Resultat, daß Nichts gestohlen worden sei. Denn der höchstmögliche Kaufwerth wäre vergütet, und auf den Werth der besonderen Vorliebe

der terroriſtiſchen Geſetze mit den Forderungen einer milderen Anſchauung in Einklang zu bringen, und daß andererſeits ähnliche „Sonderbarkeiten" jedenfalls der neueren Geſetzgebung durch Doctrin und Praxis genügend zur Kenntniß gebracht waren, ohne daß ſie ſich veranlaßt fühlte, dieſelben von den Regeln des Diebſtahles ausdrücklich auszunehmen.

Man könnte daher am Ende auch behaupten, daß die Geſetze nicht an ähnliche Fälle gedacht haben, wie z. B., um nur einige zu nennen, der von Oſenbrüggen Caſuiſtik Nr. 84 (auch von mir in der öſterr. G. Z. 1863, Nr. 152, S. 606) oder Nr. 77 erzählte, oder wie die beiden von Glaſer in der öſterr. G. Z. 1853 Nr. 118 mitgetheilten Diebſtahlsfälle (Bücherdiebſtahl von Seite eines reichen Engländers, und Diebſtahl, begangen an einer Halsbinde von ſehr geringem Werthe, „aus Sentimentalität", um der Geliebten ein Andenken an die um ihretwillen erduldeten Leiden mitzubringen). Der Juriſt Celſus würde uns dagegen ſagen: Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur (l. 3 D. de leg., vergl. l. 5, 6, 8 eod.). Gerne wollen wir auch zugeben, daß den Verfaſſern der Geſetze ſehr viele von den außerordentlichen Fällen, welche die unberechenbare und unabſehbare Mannigfaltigkeit menſchlicher Neigungen, Bedürfniſſe und Verhältniſſe erzeugt, nicht vor Augen ſchweben, daß ſie an dieſe nicht „denken", wogegen aber wohl das Wort Thöl's auch hier am Platze iſt: „daß das Geſetz umſichtiger ſein kann, als der oder die Geſetzgeber" (Thöl, Einleitung in das deutſche Privatrecht, §. 60, S. 150)[1].

Wenn Klien andeutet, daß die Diebſtahlsſtrafen für ſeinen Cajus viel zu hart ſind, ſo können wir ihm allerdings Recht geben, ſelbſt wenn wir dabei an die neueren Geſetzbücher denken. Namentlich gilt dieß im Hinblick auf die Androhung der Ehrenſtrafen, welche, man braucht es kaum mehr auszuſprechen, die Geſetzgebungskunſt des neunzehnten Jahrhunderts ſo ziemlich von ihrer ſchwächſten Seite gezeigt hat. Indeſſen haben doch die neueren Geſetze nach dem Vorgange des preußiſchen Entwurfes von 1847 §. 269[2] auch hierin manchen

[1] Man vergleiche noch, was weiter unten über die Entwendung einer werthloſen Sache bemerkt wird. — Wächter (württembg. Privatrecht II, S. 142) ſagt treffend, daß man im Rechte „der nothwendigen Sicherheit, Feſtigkeit und objectiven Beurtheilbarkeit wegen Mannigfaltiges unter einen durchgreifenden Maßſtab bringen muß, der dann freilich auf manche einzelne Fälle, die er trifft, nicht ganz paſſen mag."

[2] Nach dem Antrag der zur Vorberathung des Strafrechts ernannten Abtheilung des „vereinigten ſtändiſchen Ausſchuſſes" (1848) wurde der Richter er-

Schritt vorwärts gethan, worauf wir hier nicht eingehen können. Man kann zu verſchiedenen Mitteln — und vielleicht zu mehreren gleichzeitig — greifen, um auch die gelindeſten Fälle noch durch den Richter auf Grundlage des Geſetzes entſcheiden zu laſſen, ohne den mißlichen Nothbehelf der Begnadigung oder die Opportunitätstheorie (bei dem Einſchreiten des Staatsanwaltes) anzurufen. Wir müſſen nur vor Allem auf „Reinlichkeit der Begriffe" dringen, auch was den Thatbeſtand des Diebſtahls und des Raubes betrifft. Darum wollen wir vermieden haben alles irreleitende Hinweiſen auf die Motive des Verbrechens (Eigennutz, Gewinnſucht u. dergl.), was nur zu einer Menge Controverſen führen muß. Man verläßt damit den feſten Boden der juriſtiſchen Conſtruction nnd wird bald von einer Willkürlichkeit zur andern getrieben. Das öſterreichiſche Recht hat hier insbeſondere durch die ganz außerordentlich weitgehende Berückſichtigung der Größe des Diebſtahles gefehlt, während dagegen der räuberiſche Dolus im §. 190 des St. G. B., wie wir ſchon andeuteten, mit einem ſo weiten Ausdrucke bezeichnet iſt (um ſich .... „einer fremden beweglichen Sache zu bemächtigen"), daß man unſere Frage darnach ohne Bedenken im richtigen Sinne entſcheiden kann. Der gewaltſame Tauſch iſt alſo allerdings, ganz ohne Rückſicht auf den Werth der geraubten und der dafür von dem Räuber hingegebenen Sache, ein Raub. Vorausgeſetzt wird dabei (wie bei dem Diebſtahl), daß der Verbrecher nicht blos die Abſicht hat, die fremde Sache zu beſchädigen (a. M. Schwarze, Rechtslexikon IX, S. 23, ſ. auch Krug Studien (1838) II. S. 112), ſonſt liegt allerdings nicht Raub, ſondern (nach öſterreichiſchem Recht) Erpreſſung

mächtigt, bei geringfügigen Diebſtählen auch „auf eine Ehrenſtrafe nicht zu erkennen" (ſ. die Verhandlungen des vereinigt. ſtänd. Ausſchuſſes, 4. Band (Berlin 1848), S. 164. Welche Verwirrung gerade durch das Hereinziehen der Frage von den Ehrenſtrafen angerichtet wird, wenn es ſich um Feſtſtellung des Verbrechensbegriffes handelt, zeigen die Verhandlungen a. a. O. S. 122 ff. Wenn die Geſetze den Anforderungen der Wiſſenſchaft in Bezug auf das Strafenſyſtem gehörig Rechnung tragen wollten, ſo würden ſie nicht zur Verzichtleiſtung auf die Feſthaltung der richtigen Verbrechensbegriffe bemüſſigt, und es könnte zu der Vermittelung zwiſchen der Wiſſenſchaft und dem Volksrechtsbewußtſein beigetragen werden, ohne daß es nöthig wäre, die Wiſſenſchaft dem Götzen der „Populariſirung des Rechtes" zu opfern. — Unter die verfehlten Geſetze gehört beſonders auch der Art. 330 des ſächſ. Str. G. B., welcher ſehr richtig charakteriſirt iſt in Wächter's ſächſiſch-thüring. Strafrecht S. 288 f., N. 13; zum Theile a. M. Krug a. a. O. S. 265, vergl. mit S. 165, und Abhandlungen, S. 234 f. Gegen das Erforderniß des Schätzungswerthes der Sache beim Diebſtahl (ſächſ. Str. G. Art. 232) ſiehe Wächter a. a. O. S. 290, N. 14 a. E. und unſere Ausführung unter III. Auf die preußiſche Praxis kommen wir zunächſt unter II. zu ſprechen.

vor. Die Strafdrohung (schwerer Kerker von zehn bis zu zwanzig Jahren mit Verschärfung! — §. 194) wird man freilich viel zu hart finden, und wir dürfen wohl vermuthen, daß vorzüglich dieser Gedanke die Gerichte zu der eingangserwähnten Entscheidung bestimmt hat. Das Gesetz hat sich leider hier, wie das so oft an allen deutschen Strafgesetzbüchern, namentlich auch von Mittermaier[1]), getadelt worden ist, von dem Bestreben nicht frei gehalten, vor Allem nur die prägnanteren schweren Fälle mit einem passenden Strafsatze zu treffen. Dieser Fehler kann aber eben auf solchem Weg nicht geheilt werden. Giebt es doch noch andere, viel häufiger vorkommende Fälle, für welche das Gesetz in gleicher Weise zu hart ist, so z. B. immer, wenn Gegenstände von sehr geringem Werthe unter Anwendung einer ganz unbedeutenden thätlichen Beleidigung" geraubt werden. Wollte man übrigens auf den Werth des von dem Räuber gegebenen Aequivalentes sehen, so müßte man sich bald in eine ziemlich absurde Casuistik verirren. Daß die Entscheidung Carpzov's zwischen der res majoris pretii und der res minima unbestimmt und willkürlich ist, bedarf keines Beweises. Wie weit müßte man aber gehen in Berücksichtigung des Werthunterschiedes? Eine Frage, die meines Erachtens so wenig zu beantworten ist, als die ähnliche beim Diebstahl (darüber s. unten). Soll ein Unterschied, der sich etwa in der kleinsten gangbaren Münzsorte (also in Oesterreich einem halben Neukreuzer) ausdrückt, genügen, um über die Anwendung des §. 194 im Gegensatze zu §. 100, also vielleicht zwischen dem Minimum von zehn Jahren und dem von sechs Monaten zu entscheiden? Wenn also die (wollen wir nun annehmen geraubte) Gemme um ein solches „Nichts" mehr werth ist, als die Banknote, welche unser Cajus als Ersatz an ihre Stelle legte, wäre er Räuber? Und auch wenn er dabei überzeugt war, die niedergelegte Geldsumme sei der „höchstmögliche Kaufwerth"? Und wenn man die letzte Frage verneint, ist damit nicht erklärt, daß die Absicht, vollen Ersatz zu leisten, wenn sie nur sogleich ernstlich bethätigt wird, genügt, um den Thatbestand des Raubes auszuschließen?

Dem gegenüber werden wir wohl Schwarze im Wesentlichen beistimmen, wenn er (Sächs. Jahrb. S. 75 N. 38) sagt: „Daß der sogenannte gewaltsame Tausch ein Raub sei, darüber scheint man in neuerer Zeit einverstanden zu sein, indem jedenfalls die widerrechtliche Absicht, die fremde Sache sich anzueignen, vorhanden ist, und es hier-

[1]) Neuestens wieder im Gerichtssaal 1865 (XVII. Bd.) S. 372 oben.

bei weder auf den pecuniären Vortheil des Raubes (Räubers?), noch auf den vielleicht nicht vorhandenen Schaden des Verletzten ankommt, dem doch nicht ſeine Sache, wenn auch gegen eine vielleicht weit beſſere, wider ſeinen Willen von jedem Dritten beliebig entzogen werden kann, wodurch das Eigenthumsrecht täglich ungeſtraft verletzt werden dürfte. Die gegentheilige Anſicht ..... beruht auf einer völlig falſchen Anſicht vom animus lucri faciendi."

Schwarze ſelbſt fordert zwar an einem anderen Ort (Rechtslex. IX S. 23) „gewinnſüchtige Abſicht", verſteht darunter aber nur die Abſicht, die Sache ſich anzueignen. —

Beſondere Erwägung verdient dabei, was Henke a. a. O. (S. 153 f.) bemerkt: „Daß die Sache wenigſtens einigen Werth für den Räuber hatte, und ſelbſt einen höheren Werth als dasjenige hat, was er etwa dagegen dem Beraubten aufdringt, das beweiſt ſchon die Thatſache der mittelſt Gewalt gegen Perſonen bewerkſtelligten Beſitznahme derſelben ..... Namentlich kann auf das Verhältniß des gemeinen Schätzungswerthes der mit Gewalt weggenommenen zu der aufgedrungenen Sache .... durchaus nichts ankommen. Hätte die erſtere für den Räuber wie für den Beraubten nicht einen höheren Werth gehabt, als die letztere, ſo würde jener ſie nicht mit Gewalt genommen, dieſer ſich nicht erſt durch Gewalt haben beſtimmen laſſen, ſie aufzugeben." In ähnlicher Weiſe ſagt Häberlin (Grundſ. III, S. 401): „Darin, daß (der Beraubte) ſeine Sache nicht gegen das Aequivalent geben will, und daß (der Räuber) dieſelbe gegen Hingabe des Aequivalentes zu erwerben wünſcht, und ſelbſt durch Gewalt zu erwerben ſucht, liegt klar ausgeſprochen, daß die fragliche Sache für Beide dennoch einen anderen Werth haben muß, als das dafür gebotene Aequivalent, daß dieſes demnach kein wahres Aequivalent ſei."

Dieß macht uns aufmerkſam auf einen bisher, wie es ſcheint, weniger beachteten Punkt. Der Criminaliſt darf nicht blos mit dem civilrechtlichen Begriff des gemeinen Werthes und des Marktpreiſes operiren, wie es doch oft geſchieht. Bei der näheren Beſtimmung des animus lucri faciendi muß vorerſt der beſondere Werth, aber auch der Affectionswerth (ſo precär der letztere auch für das Civilrecht iſt) berückſichtigt werden. Selbſt der freilich leicht zu mißdeutende Ausdruck „Gewinnſucht", der uns ſo oft begegnet, wäre auch in dieſem Sinne anwendbar. Wer dem Anderen eine Sache wegnimmt, handelt aus Gewinnſucht, wenn er auch eine andere von gleichem gemeinem Werth hingiebt, denn er handelt um des beſonderen Werthes

oder um des Affectionswerthes willen, welchen die Sache für ihn hat. Um diesen Werth will er sein Vermögen vermehren, diesen trachtet er zu gewinnen, und da er sein Streben nach Gewinn auf widerrechtliche Weise verfolgt, verdient es den Namen der Gewinnsucht. Man halte uns nicht ein, daß das Affectionsinteresse bei der vermögensrechtlichen Schätzung außer Anschlag bleibe, der Raub aber (gleich dem Diebstahl) eine Vermögensverletzung, mit der Absicht, das eigene Vermögen zu erweitern, sei. Wer eine Sache aus dem Vermögen des Anderen entzieht, verletzt in der That dessen Vermögensrecht, und die Absicht, sich die Sache zuzueignen (im Gegensatze zum animus damni dandi als animus rem sibi habendi gedacht), ist von selbst gerichtet auf eine (wenn vielleicht auch nur vorübergehende) Erweiterung des eigenen Vermögens durch die Sache. Es ist nicht nöthig, daß der Zweck der Entwendung eine Bereicherung im Sinne des Civilrechtes sei, d. h. es ist nicht nöthig, daß der Räuber durch die That einen größeren Schätzungswerth seines Vermögens herbeiführen wolle. Und eben so kann man das Eigenthumsrecht eines Anderen in strafbarer Weise verletzen, ohne daß dadurch dessen Vermögen an Schätzungswerth verliert. Das Affectionsinteresse kann nicht in einer Geldsumme ausgedrückt, es darf ihm aber strafrechtlicher Schutz nicht ganz versagt werden.

Wir können also sagen: Gewaltsamer Tausch ist Raub. Denn unter der räuberischen Absicht (dem an. l. t.) ist nichts weiter zu verstehen, als die Absicht (mittelst Gewalt gegen eine Person) eine fremde bewegliche Sache sich anzueignen, um durch dieselbe das eigene Vermögen (wenn auch nur vorübergehend) zu erweitern. Die Sache kann von dem Räuber sofort verzehrt oder verschenkt werden, ohne daß deßhalb der Thatbestand des Raubes sich in einen anderen verwandelt. Gewinnsucht, im gewöhnlichen Sinne des Wortes, gehört so wenig als nothwendiges Motiv zu dem Thatbestande des Raubes wie zu dem des Diebstahles (über den letzteren Punkt s. meine Ausführung in der Gerichtszeitung 1859, Nr. 17).

II.

Es entsteht die Frage, ob die analogen Diebstahlsfälle, auf welche schon oben hingedeutet wurde, die Fälle des „heimlichen Tausches oder Kaufes" auch nach österreichischem Recht analog mit dem gewaltsamen Tausch, d. h. sonach als Diebstähle zu behandeln sind.

Auch hier können wir einen in Oesterreich nach dem Zeugnisse Kitka's (Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem

Verbrechen, 1840, S. 46) wirklich vorgekommenen Fall an die Spitze unserer Erörterung stellen.

Kitka berichtet über denselben folgendermaßen:

Sempronius hat bei einer öffentlichen Kunstausstellung mehrere Portraits in Augenschein genommen, und während er eines derselben mit einer besonderen Aufmerksamkeit betrachtete, erschien auch die durch das Portrait vorgestellte Frauensperson, für welche S. eine besondere Zuneigung faßte. Um nun das Portrait zu besitzen, ließ sich S. in dem Locale, wo die Kunstausstellung stattfand, einsperren, nahm dann das Portrait hinweg und heftete an jene Stelle, wo dasselbe gehangen hatte, ein bares Geld vorstellendes Papier an, welches den Werth des Portraits (abgesehen von dem allfälligen Werth einer besonderen Vorliebe, pretium affectionis) weit überstieg. (Man vergl. Osenbrüggen Casuistik Nr. 81, Hufnagel Comm. III S. 391.)

Kitka bemerkt über diesen Fall (a. a. O. S. 46 u. 47): „Daß hier Sempronius nicht als Verbrecher bestraft werden konnte, ist einleuchtend ..... Der Beschädigte (der Eigenthümer des Gemäldes) wird eidlich bestätigen, daß er nicht nur keinen Schaden erleide, sondern vielmehr aus der That einen bedeutenden Vortheil ziehe, und fügt vielleicht noch bei, daß es ihm lieb sein würde, wenn alle seine übrigen Gemälde auf eben diese Art an Mann gebracht werden möchten, da er sie besser zu verkaufen nie Hoffnung haben könnte!“ —

Die Voraussetzungen, von welchen Kitka hierbei ausgeht, mögen nun in jenem Falle auch wirklich zugetroffen haben. Nicht immer wird die Sache sich aber so verhalten. In dem obigen Fall mochte S. ohne diebische Absicht handeln, indem er von der Einwilligung des Eigenthümers in den „Kauf“ überzeugt war, da das Gemälde etwa, wie er wußte, hauptsächlich zum Zwecke des Verkaufes ausgestellt wurde. Er suchte nur seine leidenschaftliche Begierde, es zu besitzen, auf dem Weg zu befriedigen, der ihm der kürzeste zu sein schien, er wollte nicht erst das Ende der Kunstausstellung abwarten, sondern jetzt schon das Kleinod in seine Hände bekommen. Vielleicht würde uns bei genauer Erwägung indeß schon ein solches Wollen etwas vom animus lucri f. zeigen.

Aber setzen wir nun, das Gemälde sei ausdrücklich als nicht verkäuflich bezeichnet gewesen, setzen wir, unser S. habe unter der Hand bei dem Eigenthümer Erkundigungen einziehen lassen, die ihm die Gewißheit verschafften, daß das Bildniß demselben um keinen Preis feil sei, und nun habe er dasselbe unter Zurücklassung jenes „Geld

vorstellenden Papieres" sich angeeignet. Dann könnten wir nicht zweifeln, daß er mit dem Bewußtsein, wider den Willen des Eigenthümers zu handeln, die Absicht, sein eigenes Vermögen durch den Besitz des Gemäldes zu erweitern, verband. Widerrechtliche Verminderung des fremden Vermögens durch Entziehung einer beweglichen Sache, um das eigene durch dieselbe zu erweitern („um seines Vortheiles willen") — dieß ist der Thatbestand des Diebstahles nach österreichischem wie nach gemeinem Recht.

Gleichwohl hat Kitka Recht, wenn er meint, daß „Sempronius nicht als Verbrecher bestraft werden konnte", in so ferne nach österr. Recht zu entscheiden war. Denn nach diesem hört bekanntlich der Diebstahl auf, strafbar zu sein, wenn der Thäter „aus thätiger Reue .... den ganzen aus seiner That entspringenden Schaden wieder gut macht" (§. 187 Str. G. B. — vgl. §. 167 des ersten Theiles des Str. G. B. von 1803). Ist nun einmal der Wiedergutmachung des Schadens (wobei bekanntlich der sogenannte Affectionswerth nicht mit in Betracht kommt) eine so weitgreifende Wirksamkeit beigelegt, so bleibt nichts übrig, als auch den obigen Fall in derselben Weise zu behandeln. Genügt schon die Beseitigung des Schadens, wenn sie in späterer Zeit erfolgt, zur Strafloſigkeit, so kann die gleichzeitige vollständige Ersatzleistung doch gewiß keinen geringeren Einfluß auf die Bestrafung äußern. Genau genommen müßte man eigentlich unterscheiden, ob die wirkliche Ersatzleistung noch vor der Besitzergreifung (der „Entziehung" aus fremdem Besitz) geschah oder derselben erst, wenn auch nur sehr kurze Zeit, später nachfolgte. In dem letzteren Falle läge ein Diebstahl vor, welcher aber nach §. 187 St. G. B. straflos geworden wäre, unter der ersten Voraussetzung dagegen ließe sich kein Moment nachweisen, in welchem der Diebstahl überhaupt strafbar gewesen ist [1]). Dieß wäre dann von großer Wichtigkeit für die Erledigung des Falles durch den Richter (vergl. §. 197 Nr. 1 und 2, §. 198 lit. a, §. 288 und §. 289 lit. a unserer St. Pr. O.). Bei der in unserer Praxis vorherrschenden Neigung zur Ablationstheorie würde diese Unterscheidung wahrscheinlich wenig Anklang finden.

Die Strafloſigkeit könnte übrigens nicht immer eintreten, wenn (wie sich Köstlin Abhandlungen S. 245 ausdrückt) „der Thäter im

[1]) Wenn wir nämlich absehen davon, daß die Ersatzleistung auch zu der Zeit geschehen könnte, wo schon ein Diebstahls versuch begangen war — eine solche Distinction würde zu den unpraktischen Spitzfindigkeiten gehören.

Momente der rechtswidrigen Zueignung den Tauschwerth der Sache am Orte der That ..... niederlegt". Denn unter der Wiedergutmachung des Schadens versteht, wie allgemein anerkannt ist, der §. 187 des St. G. B. den Ersatz des ganzen Schadens, der aus dem Diebstahle hervorgeht. Wäre daher der Thäter in ein fremdes Gebäude eingebrochen, um eine fremde bewegliche Sache sich anzueignen, so müßte er nicht blos den Tauschwerth derselben am Orte der That niederlegen, sondern auch den Ersatz für allen Schaden, welchen er durch den Einbruch verursacht hat.

Schon Köstlin (a. a. O. N. 2) hat darauf hingedeutet (zunächst nur mit Bezug auf das frühere bayerische Recht — vergleiche die bayerische Verordnung vom 25. März 1816, Art. XI), daß, wenn die „thätige Reue" Strafloſigkeitsgrund ist, ohne Inconsequenz auch nicht ein in der obigen Weise geschehener Diebstahl bestraft werden kann. Dieß wird auch für solche Gesetzbücher, welche nur den einfachen (oder diesen und den einfach qualificirten) Diebstahl durch Wiedergutmachung des Schadens straflos werden lassen, eben auch blos mit Bezug auf Diebstähle, welche in diese Kategorie gehören, gelten. (Hieher sind z. B. zu zählen das braunschw. §. 243 Nr. 1, das frühere sächs. Crim. G. B. von 1838 Art. 65 [nicht aber das altenburg. Art. 65], das frühere bayerische und oldenburg. G. B.) Was das österreichische Recht betrifft, so ist auch noch das demselben eigenthümliche Princip der Werthberechnung bei dem Diebstahle (§. 173 St. G. B.) in Betracht zu ziehen. Der Werth des Gestohlenen soll nach dem Schaden des Bestohlenen berechnet werden; wenn nun aber dieser Schade von vorneherein wieder gut gemacht, oder vielmehr gar nicht zur Existenz gekommen war, so muß man zu dem Resultate gelangen, daß der Werth des Gestohlenen = Null ist, was zugleich die Annahme eines Diebstahles zu beseitigen scheint. Hierbei dürfte indeß einige Vorsicht nöthig sein. Ehe wir darauf (unter III.) näher eingehen, erlauben wir uns noch einen Blick auf die preußische Praxis zu werfen, welche ebenfalls Anlaß gehabt hat, über einen Fall, ähnlich dem von Kitka erzählten, sich auszusprechen.

Wir finden darüber folgenden Bericht in Goltdammer's Archiv (I. Bd., S. 91): „Der Bursche L. war in die Stube des Arbeitsmannes W. getreten, hatte hinter dem Rücken des Letzteren einen Eimer fortgenommen und dafür 5 Sgr. zurückgelassen. Der Eimer war mindestens 10 Sgr. werth. Durch die übereinstimmenden Verfügungen des Kreisgerichtes zu Spandau und des Kammergerichtes ist die An-

klage wegen Diebstahls zurückgewiesen, weil nur die Absicht angenommen werden könne, einen Kaufvertrag abzuschließen." (Der Fall ist a. a. O., vergl. ebenda S. 89, wie es scheint unter die Kategorie: „Mangel der rechtswidrigen Zueignung beim Diebstahl", gestellt.

Osenbrüggen (A. Arch. 1854, S. 154) führt diese Entscheidung als einen Beleg für seine Ansicht an, daß Preußen die Führung in der Fortbildung des deutschen Strafrechtes kaum zufallen dürfte (s. dens. a. a. S. 153, und seine Casuistik Nr. 80).

Köstlin (a. a. O. N. 2) giebt seine Mißbilligung der Rechtsanschauung, von welcher die Gerichte dabei ausgingen, durch ein Ausrufungszeichen zu erkennen. Dagegen hält man in Preußen an dieser Ansicht fest. Dieß zeigt zunächst ein Erkenntniß des Obertribunals vom 3. Oct. 1865 (Nr. 294 II., Goltdammer Arch. XIII. S. 883 ff.), in dessen Entscheidungsgründen wir folgende hieher gehörige Stelle finden: „Die Absicht der rechtswidrigen Zueignung darf sich nicht bloß auf die Form, sondern sie muß sich auch auf das Wesen der Sache erstrecken, und die gewinnsüchtige Absicht setzt wesentlich das Bestreben voraus, sich durch Aneignung der fremden Sache rechtswidrig einen Vermögensvortheil zu verschaffen und den damit verbundenen Vermögenswerth dem Eigenthümer zu entziehen. Darum begründet selbst .... die Wegnahme einer Sache mit Zurücklassung ihres Preises keinen Diebstahl."

Goltdammer scheint mit dieser Auffassung ganz einverstanden zu sein; denn er bemerkt bei Gelegenheit eines Falles, in welchem der Thatbestand des Diebstahles fraglich war, unter Anderem (a. a. O. S. 337): „Nach dem Wortsinne des §. 215 (Preuß. St. G. B.) ist die Rechtswidrigkeit nicht als ein Erforderniß der Wegnahme, sondern der „Zueignung" aufgestellt ... Dieß ist der Grund, aus welchem die Wegnahme einer Sache .... mit Zurücklassung eines Pretiums für Diebstahl nicht erachtet ist (Archiv I. S. ... 91) ..... weil das Factum eines Rechtsgeschäftes, wenn auch eigenmächtig und civilrechtlich anfechtbar, substituirt war."

Möglich wäre es nun allerdings (denn was ist nicht Alles möglich!), daß in diesem oder jenem hieher zu zählenden Falle das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Aneignung fehlt; darauf haben wir schon oben hingewiesen. Meint man aber, daß die eigenmächtige „Substituirung eines Rechtsgeschäftes" (eines Kaufvertrages) genügt, um den subjectiven Thatbestand des Diebstahls auszuschließen, so erscheint uns dieß sehr bedenklich, und besonders im Hinblicke auf den in Preu-

ßen vorgekommenen Fall. Wir müßten darnach es eigenmächtige (und ſtrafloſe) Abſchließung eines Kaufvertrages nennen, wenn Jemand die knappe Hälfte des Tauſchwerthes an die Stelle der von ihm weggenommenen Sache legt. Eigenmächtige Abſchließung eines Vertrages, worauf die Sache zuletzt hinauszulaufen ſcheint, — ſollte dieß nicht überhaupt eine contradictio in adjecto ſein? Werden wir durch ihn nicht erinnert an die ähnliche Theorie, welche ſich bei Carpzov a. a. O. findet, indem ſich dieſer auf das Daſein eines Contractes beim ſogenannten gewaltſamen Tauſche beruft (man vergl. dagegen Wächter Lehrb. II. S. 345 f. [§. 199 lit. d])? Im Sinne der preußiſchen Praxis iſt es dann jedenfalls auch, den gewaltſamen Tauſch, ohne Rückſicht darauf, ob die getauſchten Sachen annähernd gleichen Werth haben, nicht als Raub zu behandeln, denn zum Raub iſt ja gleichfalls die Abſicht erforderlich, die fremde Sache ſich „rechtswidrig zuzueignen" (§. 230 preuß. St. G. B.). — Hufnagel (a. a. O. III. S. 392) zweifelt nicht daran, daß man im Kitka'ſchen Falle ſagen müſſe: Sempronius hat ſich das Portrait „rechtswidrig zugeeignet" (was auch nach Art. 316 des würtembergiſchen St. G. B. zum Thatbeſtande des Diebſtahls gehört), möchte aber freilich die Diebſtahlsſtrafe nicht verhängt haben und verweiſt auf das Begnadigungsrecht. Aus ſeinen Bemerkungen leuchtet der richtige Gedanke hervor, daß man den „heimlichen Tauſch oder Kauf" immer unter die geſetzliche Begriffsbeſtimmung des Diebſtahls zu ſubſumiren genöthigt iſt, wenn das Geſetz ihn nicht ausdrücklich ausnimmt. Selbſt jene Geſetzbücher, welche in die Definition des Diebſtahles das Erforderniß der „gewinnſüchtigen" oder „auf unrechtmäßigen Gewinn" gerichteten Abſicht mit aufnehmen, vermeiden dadurch, während ſie durch dieſe fälſchliche Betonung des Motives leicht irreleiten, doch nicht die Subſumtion unſeres Falles unter den Diebſtahl. Die Definition der gewinnſüchtigen Abſicht, welche das preußiſche Obertribunal in der oben angeführten Entſcheidung vom 5. October 1865 giebt, würde zwar die Wegnahme einer Sache mit Zurücklaſſung ihres Preiſes ausſchließen, allein eben ſo auch den Fall, da Jemand eine res minima als „Erſatz" für das Geſtohlene zurückläßt; eine ſolche Definition in das Geſetz aufzunehmen, wäre im höchſten Grade gefährlich. — Da ſich die Wiedergutmachung des Schadens als Strafaufhebungsgrund nicht vertheidigen läßt [1]), ſo bleibt alſo für die Geſetzgebung nichts übrig, als entweder

[1]) Siehe darüber meine Bemerkungen im Gerichtsſaal 1866, S. 55 f.

eine besondere mildere Strafe für die Entwendung mit gleichzeitig geschehener voller Ersatzleistung anzudrohen (vergl. Köstlin Abhandlg., S. 254, N. 4), oder dem Richter genügenden Spielraum bei der Strafzumessung und bei dem Ausspruch über die Ehrenfolgen einzuräumen.

III.

Wir behandeln endlich noch eine andere Controverse wegen ihrer inneren Verwandtschaft mit dem Gegenstand unserer bisherigen Ausführungen.

Es ist nämlich herrschende Ansicht der österreichischen Schriftsteller, daß an sogenannten „werthlosen Sachen" kein Diebstahl begangen werden könne. Die Gründe, welche man dafür anführt, sind, wie wir glauben, nicht haltbar. Unser jetziges Strafgesetzbuch hat ja gerade an die Stelle der früheren Bezeichnung des Objectes bei dem Diebstahl sowohl als bei dem Raub (§§. 151 und 169 des St. G. B. von 1803) durch den Ausdruck „Gut" den allgemeinen Ausdruck „Sache" gesetzt. Daß diese Aenderung nicht so ganz bedeutungslos ist, sieht man leicht ein. (auch Hye Commentar S. 15 legt auf sie Gewicht) [1]). Wenn dagegen der Ausdruck „Gut" stehen geblieben ist, wo von dem Verbrechen der Veruntreuung gesprochen wird (§§. 181 und 183 des jetzigen St. G. B.), so läßt sich hieraus nicht argumentiren, weil dann ja natürlich „werthlose Sachen" nicht in Frage kommen können. Dasselbe muß man sagen von dem Ausdrucke „Gut" in §. 188 lit. a. Auch der Umstand, daß das Gesetz es von dem Betrage des Gestohlenen abhängig macht, ob der Diebstahl als Verbrechen oder Uebertretung zu behandeln ist und bei höherem Betrage höhere Strafe eintreten läßt, ist hier ganz unerheblich. Die Frage nach der Existenz des Diebstahles wird dadurch nicht berührt, sondern nur die Frage nach der Existenz des großen oder ausgezeichneten Diebstahles, wie man nach gemeinem Rechte sich ausdrücken würde. Es versteht sich, daß der Diebstahl an einer werthlosen Sache kein Verbrechen im Sinne des österreichischen Rechtes ist, und daß er schon wegen §. 264 lit. h auf das Minimum der Strafwürdigkeit herabsinkt. Geht man aber noch näher auf den Begriff der werthlosen Sache ein, so zeigt sich, daß er keinen Anhalts-

[1]) Uebrigens nimmt schon Egger kurze Erklärung u. s. w. (zu §. 151 und §. 169 des I. Theils des St. G. von 1830 den Ausdruck Gut als „Sache im Gegensatze von Person" — vergl. §. 285 a. b. G. B. und darüber Unger System I. S. 354.

punkt für eine Unterscheidung strafloser und strafbarer Entwendung bietet. Unter der Werthlosigkeit kann dabei nur verstanden werden, daß die Sache „ihrer Geringfügigkeit wegen keinen Schätzungswerth hat" (Wächter sächs.-thüring. Str. R., S. 288, N. 13), d. h. daß sich dieser Werth eben wegen seiner Geringfügigkeit nicht durch den allgemeinen Werthmesser (das Geld) in irgend einem Betrag ausdrücken läßt. Dieser Umstand nun hat eine entscheidende Bedeutung für das Civilrecht, nicht aber für die Begriffsbestimmung strafbarer Eigenthumsverletzung. Osenbrüggen (Abhandlungen S. 67) hat darum in einem gewissen Sinn Recht, wenn er sagt: „Der Jurist denkt sich die Sache sogleich als ein Vermögensobject. Gegenstand des Vermögens ist aber nur, was einen Geldeswerth hat." Aber deßhalb billigen wir doch nicht den Art. 330 des sächsischen St. G. B., und eben so wenig scheint es uns richtig, wenn die englische Praxis darauf sieht, ob die gestohlene Sache „einen Werth wenigstens im Betrage der kleinsten Münze hat, welche im Lande gilt" (Mittermaier N. Archiv 1852, S. 329, N. 21, vergl. Osenbrüggen a. a. O. N. 128), oder wenn der französische Cassationshof verlangt, daß der Gegenstand des Diebstahls est susceptible d'une valeur materielle, d'une valeur venable (Journal de droit criminel par Morin 1849, p. 247; Mittermaier a. a. O. S. 330, N. 23). Das württembergische Obertribunal fordert zu dem Thatbestande des Diebstahls einen Werth von wenigstens Einem Kreuzer. Dagegen hat der Gerichtshof zu Eßlingen, hierüber zur Aeußerung veranlaßt, mit Recht erklärt, daß eine solche Abgrenzung rein willkürlich sei. „Der Gerichtshof verkenne zwar nicht, daß in Fällen, wo der Werth beinahe gleich Null sei, dadurch der böse Vorsatz zweifelhaft sein werde .... Allein oft lasse sich dieser Beweis auch leicht herstellen" (Hufnagel Comm. II, S. 965 f.).

Man kann diesen Worten nur beistimmen. Es wird bei der Entwendung der sogenannten werthlosen Sachen der diebische Dolus oft nicht erwiesen werden können, ja er wird auch oft genug gar nicht vorhanden sein. Wenn Jemand aus fremdem Gewahrsam „ein Räthchen, einige Beeren, ein Blatt Papier" (Beispiele, die Krug Abhandlungen S. 234 anführt), wenn er eine Handvoll Heu oder ein paar Strohhalme wegnimmt, so mag ihm häufig das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit seines Handelns fehlen, so daß er in derselben eine Uebelthat nicht erkennen kann; er mag nicht selten die Ansicht haben, entweder daß die Sache, welche er nimmt, derelinquirt ist, oder auch daß der Eigenthümer, wenn er zugegen wäre, seine Einwilligung in die

Wegnahme nicht versagen würde. Allein eben so gut kann auch der an. l. f. vorhanden sein, oder, um mit unserem Gesetze zu reden, es kann der in solcher Weise Handelnde die Sache „um seines Vortheiles willen" an sich genommen haben. Der Lumpensammler treibt sein Geschäft doch gewiß um seines Vortheiles willen, er sammelt, um sein Vermögen dadurch zu erweitern. Wir nehmen auch zu seinen Gunsten im Allgemeinen ohne Weiteres das quisque praesumitur bonus in Anspruch. Er eignet sich in der Regel „werthlose Sachen" an, welche herrenlos sind, oder verfährt wenigstens bei seinen Sammlungen in einer Weise, welche zeigt, daß er nur unter der Voraussetzung der Einwilligung des Berechtigten handelt. Aber wenn zu der auf seinen Vortheil gerichteten Absicht das Bewußtsein der Verletzung fremder Vermögensrechte hinzutritt, können wir uns nicht bedenken, ihn einen Dieb zu nennen (immer natürlich vorausgesetzt die Existenz des nöthigen objectiven Thatbestandes).

Daß er etwa nur „ein Blatt Papier" genommen hat, kann man nicht mit Grund dagegen geltend machen. Wie denn, wenn es ein unbeschriebenes Blatt wäre, dessen Werth in Geld wirklich angeschlagen werden kann? (An Urkunden möge man hier nicht denken; bei ihnen kommen Fragen in Betracht, welche den Streitpunkt leicht verrücken können.) Und wenn das eine Blatt Papier auch „werthlos" wäre, sind es vielleicht zwei Blätter nicht oder vielleicht drei nicht mehr. Es scheint, daß wir hier uns an die Frage erinnern müssen, wie viele Körner einen Haufen machen, oder wann man sagen kann: usque eo numerus pervenit gregis ut grex non intelligatur. In der That: kann ein Buch Papier, ein Bund Stroh gestohlen werden, so ist nicht abzusehen, warum an einem Blatte Papier oder einem Strohhalm niemals ein Diebstahl begangen werden könnte.

Setzen wir nun etwa, Jemand entwende einem und demselben Eigenthümer nach und nach so viel Papier, Stroh u. s. w., daß die Gesammtsumme des Entwendeten einen nicht unbedeutenden Schätzungswerth hat, während die einzelnen Entwendungen an „werthlosen Sachen" begangen sind. Sind diese einzelnen Acte keine Diebstähle, so kann natürlich auch eine Zusammenrechnung ihrer Beträge nicht zulässig sein, um zu dem Resultate einer Bestrafung zu gelangen. Also kein Diebstahl — trotz des (vielleicht sehr intensiven und planmäßig verwirklichten) Dolus, trotz der diebisch erfolgten Entziehungen fremder Sachen aus fremdem Besitz, trotz des ziffermäßig in Geld nachzuweisenden „Schadens des Bestohlenen"! So weit muß uns die Annahme führen,

daß werthlose Sachen nicht gestohlen werden können. Oder soll uns etwa der (an sich schon höchst problematische) Begriff des fortgesetzten Delictes hierüber hinaushelfen? Wir wollen absehen davon, daß dieser Begriff sich mit dem Principe der Zusammenrechnung überhaupt schwerlich zusammenreimen läßt. Schon deshalb können wir ihn hier nicht benützen, weil durch bloße „Fortsetzung" im Sinne der Wissenschaft eine an sich vollständig straflose Handlung nicht zur strafbaren werden kann [1]).

Würde man freilich mit dem Ausdrucke „werthlose Sache" ganz gewissenhaft zu Rathe gehen, so könnte überall kein Streit entstehen. Eine Sache, die wirklich gar keinen Werth hat, kann allerdings nicht gestohlen werden. Dagegen darf man sich nicht durch das Civilrecht verleiten lassen, zu fordern, daß die Sache im Verkehre einen Werth habe (wie es z. B. schon Frühwald im IX. Band des Wildner'schen „Juristen" S. 43 f., J. Wessely in der Wagner'schen Zeitschrift 1833 I S. 188 f. gethan haben), oder, was dasselbe ist: daß die Sache einen Geldeswerth habe. Aus der Bestimmung des §. 173 des St. G. B. folgt zwar, daß der Schade des Bestohlenen ein „berechenbarer" sein müsse, allein damit ist nicht gesagt, daß für die gestohlene Sache ein Schätzungswerth nothwendiges Requisit sei. Berechenbar ist auch der Werth eines Strohhalmes; er läßt sich in einem Bruchtheile der kleinsten im Lande gangbaren Münze ausdrücken. Der Strohhalm wird, wie sich versteht, nicht zum Gegenstande von Kaufverträgen im Sinne des Civilrechtes taugen, weil eine Verwandlung seines Werthes in eine Geldsumme „völlig undenkbar sein würde" (Savigny System I S. 377). Aber Gegenstand jenes „unfreiwilligen Verkehrs", von welchem einst Aristoteles redete, kann der Strohhalm eben so sicher werden, als er überhaupt Eigenthumsgegenstand sein kann. Man scheint häufig zu übersehen, daß derartigen Sachen ein Gebrauchswerth beizulegen ist, welcher, so schwierig auch

[1]) Man sehe z. B. Heffter (Goltd. Arch. I. S. 310) verb.: „Es giebt Missthaten, welche .... dieselbe Rechtspflicht jedesmal ganz verletzen;" Wächter (ebenda VIII S. 6 f.): „Das fortgesetzte Verbrechen besteht aus lauter einzelnen Handlungen, von denen (wenn wir vorerst von bloßen fortgesetzten Versuchen absehen) jede für sich das vollendete Verbrechen enthält;" Berner Lehrb. (2. Aufl.) §. 141 S. 239: „Ein fortgesetztes Verbrechen ist anzunehmen, wenn mehrere Acte, deren jeder für sich allein schon den Thatbestand desselben Verbrechens erfüllt .... als Eine Handlung aufzufassen sind"; — ferner die dort und von Köstlin in seinem System S. 540 N. 10 citirten Schriftsteller.

seine Schätzung sein mag, und so wenig er für sich schon einen Schätzungswerth im Sinn des Civilrechtes constituirt, dieselben dennoch zu Vermögensobjecten macht. Darum sieht sich selbst Krug (Comm. II S. 168 Nr. 12) zu der Bemerkung genöthigt, „daß es Dinge giebt, die einzeln keinen Schätzungswerth haben, aber durch Ansammlung einen solchen erlangen, wie z. B. Waldbeeren, Pilze, selbst Kieselsteine" (bei Waldproducten muß man, nebenbei gesagt, die Bestimmungen über Forstdiebstähle in's Auge fassen; man vergleiche das sächsische Forststrafgesetz Art. 1, aber besonders die damit gleichgestellten Fälle Art. 2 Nr. 3 ebenda; dazu Krug Comm. II S. 313, 315 f.; für Oesterreich Forstgesetz vom 3. December 1852 Nr. 250 R. G. Bl. §. 60 Nr. 3—6 und §. 61). Nun meint Krug weiter, daß das (z. B. gegen Verbot geschehene) Ansammeln dieser Dinge durch Unbefugte, „wenn es in einer taxabeln Quantität geschieht, als eine gewinnsüchtige Verletzung des Eigenthumsrechtes, mithin als Diebstahl, anzusehen sei". Das Vorhandensein der Gewinnsucht kann aber doch nicht davon abhängen, ob die Quantität, welche sich der Thäter aneignet, einen Schätzungswerth hat. Gleichwohl spricht sich Krug auch noch an einem anderen Orte (Ideen zu einer gemeins. Strafg. 1857 S. 180 f.) sehr energisch in einem ähnlichen Sinne aus. Er sagt: „Die Beschränkung (des Diebstahlsbegriffes auf die Entwendung von Gegenständen, die einen Schätzungswerth haben) scheint mir dringend nöthig, weil Diebstahl für ein besonders entehrendes Verbrechen gilt .... Sie entspricht auch der Theorie, da bei dergleichen Sachen (wie ein Stück Bindfaden, eine werthlose Blume u. s. f.) eine eigentliche gewinnsüchtige Absicht nicht denkbar ist." Durch den Zusatz „eigentliche" verräth sich übrigens hier einige Unsicherheit. Was dagegen das andere Argument betrifft, so möchten wir nur fragen: ob die entehrende Natur des diebischen Handelns gerade da beginnt, wo nach den zufällig im Lande bestehenden Münzverhältnissen die Möglichkeit einer Schätzung entsteht?

Wir weisen in diesem Zusammenhang auf die in Goltdammer's Archiv XI S. 29 ausgesprochene Ansicht hin, wobei wir thunlichst außer Acht lassen, was sich nur auf die Eigenthümlichkeit des sogenannten Urkundendiebstahls bezieht. Es heißt dort also: „Allerdings hat auch der einzelne Bogen (Papier) irgend einen Kauf-, also auch materiellen Werth, aber bis zu dem Minimum irgend eines solchen nur denkbaren Werthes darf die Gesetzgebung und die Praxis nicht hinabgehen, um bei allen den strafbaren Handlungen, welche gewinnsüchtige Absicht des Thäters fordern, den Thatbestand anzunehmen .....

Die Praxis verschiedener Länder nimmt daher keinen Diebstahl an, sobald die Sache nicht wenigstens einen Werth im Betrage etwa der kleinsten im Lande gangbaren Münze hat, weil sie nicht annimmt, daß der Thäter durch die Wegnahme von Sachen, die einen solchen Werth nicht haben, sich durch die Substanz der Sache — als Erforderniß des Diebstahls — habe bereichern wollen, daß vielmehr eine andere Absicht bei ihm vorauszusetzen sei. ..... Die Volksansicht stimmt damit überein; sie fühlt, daß ein bloß formelles Verbrechen des Diebstahls, also durch die Rechtswidrigkeit allein, demselben niemals den Charakter der Ehrlosigkeit beilegen würde. Nur dann also, wenn der Stoff der Urkunde einen wirklichen materiellen Werth hat, also etwa wegen der Menge des Papiers (Actenbündel) [1]), oder als Autographon, ist in der Regel Diebstahl, also anzunehmen, daß sich der Thäter durch die Gewinnung der Substanz habe bereichern wollen."

Man wird leicht einsehen, daß diese Argumentation keine Ueberzeugungskraft hat. Zugegeben ist vorerst, wie es nicht anders möglich, daß auch ein Bogen Papier „materiellen Werth" haben; warum ist aber dann Diebstahl nur anzunehmen bei „wirklichem" materiellen Werthe? Hängt die Wirklichkeit des Werthes von der Dicke des „Actenbündels" ab? Und ist die Annahme absurd, daß Jemand einen Bogen Papier wegnimmt, um „die Substanz desselben zu gewinnen"? Wer aber mit dieser Absicht einen Bogen Papier einem Andern wegnimmt, handelt, wie gesagt, nicht minder „ehrlos", wie derjenige, welcher zwei, drei oder vier Bogen stiehlt. Daß man sein Verbrechen ein bloß formelles nennen soll (womit wahrscheinlich auf einen wesenlosen äußeren Schein hingedeutet ist), ist hier eben so wenig haltbar, als in dem Sinne, in welchem das preußische Obertribunal diesen Satz in

[1]) Wir erinnern hier an den in Ofenbrüggen's Casuistik Nr. 97 aus Bonseri's und Temme's criminalistisch. Zeitung II S. 128 angeführten Fall eines Diebstahls an Actenbündeln. Man vergl. dazu besonders Hufnagel Comm. III S. 393 f.; die Ausführungen Mittermaier's, N. Arch. 1852 S. 321 ff. und Egidi, Das Verbrechen des Diebst. Leipzig 1859 S. 46 f. — Was die Unterscheidung zwischen Diebstahl und Unterdrückung, Vernichtung, Beschädigung einer Urkunde betrifft (vergl. österreichisches Strafgesetz §. 201 lit. a), verweisen wir auf die Formulirung derselben in der deutschen Strafrechtszeitung 1864 S. 587, welche lautet: „Der Diebstahl (und die Unterschlagung) einer Urkunde unterscheiden sich von der Unterdrückung u. s. w. einer solchen durch die Verschiedenartigkeit des Angriffsobjectes; dieses ist bei Diebstahl (und Unterschlagung) eine Urkunde in ihrer Eigenschaft als Sache, bei der Unterdrückung dagegen eine Urkunde in ihrer Eigenschaft als Beweismittel."

neuester Zeit (s. die oben angeführte Stelle aus dem Erkenntnisse vom 5. Oct. 1865) ausgesprochen hat.

Was die Berufung auf die Praxis verschiedener Länder betrifft, so hat der Gerichtshof in Eßlingen (s. oben) erklärt, bei ihm „habe ein dießfälliger Gerichtsgebrauch niemals bestanden" (Hufnagel II S. 966). Auch die Praxis der Länder, in welchen das sogenannte thüringische Strafgesetzbuch gilt, verfährt im Sinne der richtigen Theorie. Ein bewährter Praktiker, v. Egidy (a. a. O. S. 45), legt hiefür Zeugniß mit den Worten ab: „Es sind uns mehrere Fälle im Gedächtnisse, in welchen das Gestohlene nur den Betrag eines halben Kreuzers und noch weniger hatte, und der Diebstahl dennoch criminell abgestraft wurde". Er bemerkt außerdem Folgendes (a. a. O. S. 43 f.): „Der Betrag oder der Werth einer Sache ist so relativ, daß wir die Aufnahme einer Bestimmung, daß die gestohlene Sache einen Schätzungswerth haben müsse, in den Begriff des Verbrechens selbst nur tadeln können ..... Das thüringische Strafgesetzbuch bestimmt auch in Ziffer 1 des Art. 216 keinen Minimalbetrag, um eine Criminalstrafe eintreten lassen zu können. Der Theorie nach kann daher schon bei dem Betrage des Gestohlenen von $^1/_{10000}$ Kreuzer und weniger eine Strafe von sechs Wochen Gefängniß ausgesprochen werden, und eine solche homöopathische Dosis des Werthes einer Sache wird sich am Ende doch immer herauswerfen, selbst wenn man sie nur als Ingredienz für den Dünger- oder Composthaufen betrachtet. Die verwerfliche diebische Absicht, animus rem sibi habendi, an und für sich hat mit dem Werthe des Gestohlenen nichts gemein. Unser Strafgesetzbuch weiß auch dem Vorwurfe allzugroßer Härte alsbald zu begegnen, wenn man den Diebstahl einer Sache so äußerst geringen Werthes doch wenigstens schon mit 24 Stunden bestrafen wollte, indem es im Art. 17 dem Richter gestattet, überall da, wo Gefängniß- oder Geldstrafe ohne Beschränkung im niedrigsten Strafsatze gedroht und das dem zu Bestrafenden zur Last fallende Verbrechen an sich so gering ist, daß jede andere Strafart unangemessen sein würde, einen Verweis auszusprechen. In der Praxis wird sich die Sache aber freilich anders gestalten, indem der Zusammenhang des Nehmens einer Sache mit der Absicht, diese zu gewinnen oder sich zuzueignen, den Juristen diese Sache zugleich als einen Vermögensgegenstand unwillkürlich auffassen läßt, und als Gegenstand eines Vermögens nur immer solche Sachen gedacht zu werden pflegen, die einen Werth im täglichen Verkehre haben ..... Auch gelangen (gewöhnlich) derartige geringe Diebstähle gar nicht zu gerichtlicher Cognition."

Auch Egidy zollt hier zuletzt, nachdem er früher das Requiſit des Schätzungswerthes ganz richtig abgewieſen, jener einſeitig privatrechtlichen Anſchauung ſeinen Tribut, die unſere juriſtiſche Bildung beherrſcht, und welcher gegenüber wir (wie es ſchon in der Zeitſchr. für exacte Philoſophie VI S. 200 geſchehen) auf die vielfach treffende Ausführung Aegidy's (Zeitſchrift für deutſches Staatsrecht, 1. Heft, 1865) hinweiſen. Vom civilrechtlichen Standpunkte iſt es unwiderleglich, was Savigny (a. a. O. I S. 376) geſagt hat: „Die rein quantitative Behandlung des Vermögens, ohne welche eine Handhabung des Rechtes nur in ſehr unvollkommener Weiſe möglich ſein würde, wird vermittelt durch den Begriff des Werthes ..... Und dieſer Begriff wiederum wird äußerlich dargeſtellt und in das wirkliche Leben eingeführt durch das Geld, ſo daß alſo für den juriſtiſchen Gebrauch Werth und Geldwerth gleichbedeutende Ausdrücke ſind." Jene „Handhabung des Rechts" kann aber nicht etwa auch die Handhabung des öffentlichen, insbeſondere des Strafrechtes mit in ſich begreifen, und der „juriſtiſche" Gebrauch iſt für den Criminaliſten nicht ohne Weiteres maßgebend. Das öffentliche Recht hat es mit einer großen Anzahl von Gegenſtänden zu thun, welche für den Civilrechtslehrer Imponderabilien ſind. Daraus gerade iſt es zum Theile zu erklären (daß auch andere Urſachen mitwirken, wiſſen wir ſehr wohl), wenn das Civilrecht zu einer Feſtigkeit in ſeinen Grundlagen, zu einer Präciſion und Sicherheit in ſeinen Beſtimmungen herausgebildet würde, welche für den Publiciſten und Criminaliſten auf ſeinem Felde vorerſt wenigſtens zu den frommen Wünſchen gehört.

Wir können ſonach nicht zugeben, daß die criminaliſtiſche Praxis in durchaus willkürlicher Weiſe (ſo nannte das der Gerichtshof von Eßlingen) den „Werth im Verkehre", den „Schätzungswerth", vor Augen haben ſoll, wenn ſtrafbare Vermögensverletzungen in Frage ſtehen. Darin kann uns auch der Umſtand nicht irre machen, daß das ältere germaniſche Recht das Stehlen (beziehungsweiſe Rauben) werthloſer Sachen nicht beachtet hat [1]). Das kann uns nicht Wunder neh-

[1]) Man vergl. Oſenbrüggen das Strafr. der Langobarden (1863) in Bezug auf den Liebſtahl (Ed. Roth. 253). Betreffs des Raubes deſſ. alam. Strafrecht S. 314 (Schwabſp., Augsburger und Memminger Recht) und Pözl's kritiſche Vierteljahresſchrift VIII. (1866) S. 146. — Uebrigens machen wir andererſeits aufmerkſam auf das, was Wilda german. Strafrecht S. 871 ſagt: „Im altnorwegiſchen Recht macht ſich, wer unter eines Hellers Werth ſtahl, eines geringfügigen ..... Diebſtahls ſchuldig." Nach der Grau-

men, wenn wir die Natur jener Rechtsquellen überhaupt und insbeſondere ihre vielfach ſehr äußerliche Abſchätzung der Miſſethaten bedenken. Heutzutage in ſolchen Dingen den hiſtoriſchen Zuſammenhang feſthalten zu wollen, würde gerade eine bare Willkürlichkeit ſein. Und das gilt auch von jeder durch Zahlen fixirten Unterſcheidung des Diebſtahls als eines großen und kleinen (Verbrechen und Uebertretung des Diebſtahls in Oeſterreich).

---

gans allerdings mußte, wer eines Diebſtahls oder einer Entwendung wegen ſollte belangt werden können, mindeſtens einen „penning“ geſtohlen haben (Wilda a. a. O.).

V.

Verſuch, die Schwierigkeiten der L. 7. §. 1. D. soluto matr. 24. 3. durch Conjecturalkritik zu heben †).

Vom Herrn Dr. Friedrich Brinckmann.

§. 5.

Nach dieſen allgemeinen Erörterungen über das von Ulpian gewählte Beiſpiel kehren wir wieder zu der Auseinanderſetzung des Zuſammenhanges unſerer Stelle zurück, und nehmen den Faden der Entwickelung mit den Worten „neque enim si est“, bis wohin wir gelangt waren, wieder auf. Von der mit jenen Worten **beginnenden Auseinanderſetzung Ulpian's** betrachten wir zunächſt **den erſten der beiden Theile**, der ſich an die Worte Papinian's „non ex die locationis“ anſchließt, genauer. Es ſind die Worte:

„neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex kalendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio retinere virum et vindemiae fructus, et ejus anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit.“

In dieſem Theile iſt alſo geſagt, wie die Berechnung nicht angeſtellt werden dürfe.

Der Anfang bis zu den Worten facto divortio iſt durch die vorausgenommenen Unterſuchungen über die einzelnen Theile des Beiſpiels

†) Fortſetzung zu Nr. X. im vorigen Hefte, S. 234 ff.

für sich klar und bedarf jetzt keiner weiteren Erläuterung. Die Schlußworte alioquin si — retinebit machen auch keine Schwierigkeiten. Es bleibt uns als hier zu behandelnder Gegenstand die in den Worten neque enim retinere virum et vindemiae fructus et ejus anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est enthaltene erste Entscheidung Ulpian's übrig. Die richtige Auffassung dieser Worte ist nun aber gerade darum für uns von so großer Bedeutung, weil diese erste Entscheidung offenbar der Gegensatz von der zweiten in dem Satze „Itaque si cet." folgenden ist, wenn wir also richtig aufgefaßt haben, uns der Weg zum richtigen Verständnisse dieser, dem Ziele der ganzen Erörterung, gebahnt ist.

Wegen dieses Gegensatzes nun kommt es hier vor allen Dingen darauf an, diejenigen Momente in dieser ersten Entscheidung Ulpian's bestimmt herauszufinden, welche als im Gegensatze zu der folgenden Entscheidung stehend bezeichnet werden; bestimmter ausgedrückt: diejenigen unter den von Ulpian in der ersten Entscheidung angeführten Größen und Zahlen sind festzustellen, welche als falsch, als Resultate der falschen Berechnung ex die locationis bezeichnet sind; noch näher: es ist festzustellen, auf welche Worte des oben angegebenen Satzes die an die Spitze gestellte Negation „neque enim" sich bezieht. Es gibt nun aber nur zwei Worte, welche in diesem Bezuge stehen können: fructus, und quartam partem mercedis. Jene Negation bezieht sich also entweder auf fructus oder auf quartam partem mercedis, oder auf beide Worte zugleich. Um die richtige Antwort auf diese Frage zu finden, sehen wir näher zu, auf welche Weise dieser Satz mit dem vorhergehenden, welcher den Ausspruch Papinian's enthält, verknüpft ist. Das verbindende Wort ist enim. Es soll also jetzt eine Erläuterung jenes Ausspruches folgen. Die nähere Verbindung mit neque [enim] weist darauf hin, daß zunächst der negative Theil jenes Ausspruches seine Erläuterung finden soll (non ex die locationis). Was war nun der Inhalt jenes negativen Theiles? daß von der merces, welche aus der Verpachtung des fundus dotalis im letzten unvollständigen Fruchtjahre gezogen war, die dem Manne gebührende Quote nicht ex die locationis berechnet werden sollte. Dieser Gedanke muß sich also in der ersten Entscheidung Ulpian's wiederfinden, und zwar in den Worten, worauf jene Negation, neque, sich beziehen kann. In diesen Worten stoßen wir nun zunächst auf „fructus vindemiae". Offenbar können sie aber jenen Satz, der nur von merces ex locatione fundi redet, nicht erläutern. Wir müssen sie also vorläufig bei Seite liegen

lassen und das andere Wort, worauf sich neque beziehen kann, berücksichtigen. Dieses enthält nun wirklich eine Theilbestimmung der merces, und zwar gerade denjenigen Theil, auf welchen man kommen muß, wenn man die falsche Berechnung ex die locationis auf den zum Beispiele gesetzten Fall anwendet; da, wenn einer dem Manne vom 1. November, dem dies locationis, bis zum letzten Januar, also für drei Monate, die entsprechende Quote der merces auswerfen will, diese die quarta pars mercedis ist. Das steht also jetzt fest; mag jene Erwähnung und Einmischung der vindemiae fructus zu erklären sein, wie man wolle, mag sogar neque auch auf sie sich beziehen, jeden Falles bezieht sich neque auf quartam partem mercedis, die quarta pars mercedis ist jeden Falles entweder Eines der Momente oder das einzige Moment, welches den Gegensatz zwischen der ersten und zweiten Entscheidung ausmacht, und daher nothwendiger Weise in dieser zweiten Entscheidung nicht wieder vorkommen darf, sondern durch eine richtigere Zahl verbessert sein muß.

Diese Auffassung widerstreitet zwar allen über unsere Stelle geäußerten Ansichten, sie ist aber eine durchaus unvermeidliche Consequenz unserer oben gegebenen Erklärung der Regel Papinian's. Die gewöhnliche Meinung, wonach neque nur zu fructus gezogen wird, widerstreitet dem ganzen Zusammenhange. Nach ihr will Ulpian jene Worte Ulpian's durch eine Sache erläutern, deren Einmischung selbst wieder eine Erklärung verlangt.

Wenn man uns nun die Richtigkeit der Beziehung von neque zu quartam partem mercedis auch zugibt, so bleibt uns doch noch immer die Aufgabe, zu erklären, wie es kommt, daß Ulpian neben der quarta pars mercedis der fructus gedenkt, oder vielmehr, warum er das Beispiel so gewählt hat, daß er neben der quarta pars mercedis auch noch fructus erwähnen und in die Rechnung ziehen mußte; und ob außer auf quarta pars mercedis die Negation auch auf fructus zu beziehen ist, oder nicht. Dieß ist die zweite Frage, welche uns bei der Besprechung der ersten Entscheidung Ulpian's beschäftigt.

Halten wir uns strenge an die Worte Papinian's, so scheint freilich die Erwähnung der Früchte in der ersten Entscheidung und die so angelegte Construction des Beispiels, daß diese Erwähnung geschehen mußte, nicht zu rechtfertigen. Fragen wir uns aber nach dem Grunde, der ratio, dieser Regel Papinian's, und fassen wir denselben näher in's Auge, so werden wir finden, daß Ulpian sein Beispiel nicht vorzüglicher wählen konnte. Die Rechnung ex die locationis

iſt offenbar diejenige, welche eintreten müßte, wenn lediglich die Principien des ususfructus in Anwendung gebracht würden, der Mann nach geendeter Ehe als bloßer Uſufructuar angeſehen würde. Bei Sachen, deren Benutzung lediglich im Gebrauche beſteht, iſt dies unleugbar, z. B. wenn es ſich um die Vermiethung eines Hauſes handelt. Bei Verpachtung fruchttragender Grundſtücke erhält der Nutznießer freilich gar nichts, wenn nicht die Zeit der Perception in diejenige fällt, wo ſein Recht in Kraft war. Aber das ſteht doch feſt, daß, ſo oft er auf eine Quote der merces Anſpruch machen kann, immer dieſe ex die locationis berechnet wird. Nun wollte aber Ulpian gerade in dieſem erſten Theile ſeiner Auseinanderſetzung die Berechnung ſo darſtellen, wie ſie ſtattfinden müßte, wenn ex die locationis gerechnet würde. Es konnte alſo nichts leichter geſchehen, als daß ihm hierbei die Grundſätze über ususfructus einfielen, um ſo leichter, als, abgeſehen von jener Aehnlichkeit, die Grundſätze über das Recht des Uſufructuars an den Früchten ſich ſo zu den Grundſätzen über das Recht des Mannes an den Früchten der dos verhalten, wiedie Regel zur Ausnahme. [13])

Wie beſtimmt dieſe Beziehung zwiſchen jenen beiden Principien gerade Ulpian vorſchwebte, geht auf's Klarſte aus deſſen eigenen Worten, die in demſelben Geſetze, woraus unſere Stelle genommen iſt, §. 9, folgen, hervor, wo der Hauptgrundſatz über die Berechtigung an den Dotalfrüchten gerade mit Bezugnahme auf jenen Gegenſatz ausgedrückt wird:

et hic fructus toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus.

Wir können alſo wohl noch einen Schritt weiter gehen und behaupten, daß Ulpian durch jene Worte non ex die locationis nicht nur an die Grundſätze über ususfructus erinnert worden iſt, ſondern daß er jene falſche Entſcheidung ex die locationis nur als eine Conſequenz der unſtatthaften Anwendung jener Principien auf die dos angeſehen hat. Wenn er ſo die Sache auffaßte, ſtand ihm aber ein doppelter Weg zur Erläuterung jener Worte Papinian's offen. Entweder konnte er ſich ſtrenge an ſie halten, und das Beiſpiel ſo wählen, daß er nur eine Quote der merces, berechnet ex die locationis, in Rechnung

[13]) Daß in dem von Ulpian gewählten Beiſpiele, da es ſich hier um ein fruchttragendes Grundſtück handelt, der Mann nach den Grundſätzen über ususfructus gar nichts erhalten hätte, ſteht nicht entgegen. Jene Worte Papinian's ſind jeden Falles ſo allgemein gefaßt, daß ſie an die Grundſätze über ususfructus erinnern mußten.

zu bringen hatte. Oder aber er konnte das ganze Princip, wovon die Berechnung der merces ex die locationis nur Eine Seite darstellt, berücksichtigen und das Beispiel so zusammensetzen, daß die Unrichtigkeit der Anwendung des ganzen Princips daran erläutert werden konnte. Dadurch hatte er dann jedes Falles auch jene Eine Seite als unstatthaft dargestellt.

Fragen wir uns nun, wodurch er etwa hätte vermocht werden können, diesen zweiten Weg jenem ersten vorzuziehen, so wird sich die Antwort am leichtesten ergeben, wenn wir untersuchen, welches die andere Seite der Anwendung jenes Princips auf die dos ist, und in welchem Verhältnisse diese andere Seite zu jener ersteren steht. Die erstere, die Berechnung der merces ex die locationis, characterisirt sich dadurch, daß sie im Vergleiche mit derjenigen, welche den Dotalgrundsätzen entspricht, der Frau zum Vortheile gereicht. Es kann nun aber auch sehr leicht der Fall eintreten, daß durch Anwendung derselben Grundsätze vom ususfructus die Frau bedeutenden Nachtheil erleidet, und der Vortheil auf Seiten des Mannes ist. Dieß tritt immer dann ein, wenn die Ehe zu der Zeit bestand, wo die Früchte percipirt wurden. Denn, als Usufructuar betrachtet, lucrirt der Mann diese vollständig, mag die Ehe das ganze Jahr hindurch, in welchem jene Früchte gezogen sind, bestanden haben, oder nur an dem Einen Tage, an welchem die Erndte abgehalten worden ist. Diese zweite Folge ist so nothwendig wie die erste. Wer dem Manne die merces ex die locationis berechnet, der muß ihm auch, ohne Rücksicht auf die Zeit, welche die Ehe gedauert hat, die fructus, welche er percipirt hat, zuerkennen, beide Entscheidungen sind nur die beiden Seiten Eines und desselben Princips, in Anwendung gebracht auf die dos.

Es ist jetzt klar, welchen Grund Ulpian dafür haben konnte, jener einseitigen Berücksichtigung dieses Princips, die in den Worten non ex die locationis allein enthalten war, die allseitige vorzuziehen. Beschränkte er sich auf jene, so konnte er nur auf eine anschaulichere Weise dasjenige wiederholen, was Papinian gesagt hatte. Auf dem zweiten Wege hingegen konnte er nicht nur jene Regel erläutern, sondern auch rechtfertigen, indem er das höhere Princip, wovon jene Regel in ihrem negativen Theile nur Eine Seite darstellte, aufdeckte, und die Unanwendbarkeit dieses ganzen Princips dadurch nachwies, daß er zeigte, wie durch dasselbe nicht weniger die Interessen der Frau wie die des Mannes verletzt werden müßten, und sie so der Billigkeit, die bei dem auf dem unbeschränktesten Vertrauen

beruhenden Institute der Ehe in vorzugsweise hohem Grade berücksichtiget werden müsse, in jeder Beziehung widerspreche. So ist es denn nicht zu verwundern, daß Ulpian diesen zweiten Weg wirklich eingeschlagen hat, und dadurch ist die Einmischung der fructus vindemiae in unsere Entscheidung zu erklären. Von diesem Gesichtspunkte aus konnte nämlich Ulpian in keinem einzigen Theile sein Beispiel auf eine vorzüglichere Weise zusammensetzen, als er es wirklich gethan hat.

Um die Wahl dieses Beispiels richtig zu beurtheilen, ist vor allen Dingen festzuhalten, daß Ulpian dasselbe principaliter nicht gewählt hat, um die richtige Berechnung daran zu veranschaulichen, sondern umgekehrt gerade in der Absicht, das Absurde der falschen Berechnung recht deutlich in die Augen fallen zu lassen, da er die ganze Auseinandersetzung desselben in dem negativen Satze neque enim si gibt. Diesem Zwecke mußte aber das Beispiel um so besser dienen, je grasser die einzelnen Data desselben gewählt waren. Um so greller mußte dann jene Absurdität hervortreten.

Demnach setzte Ulpian folgendermaßen sein Beispiel zusammen.

Da er beide eben genannten Seiten der Anwendung jenes falschen Princips auf die Dos, die der Frau nachtheilige und die ihr günstige, veranschaulichen wollte, mußte er nothwendig die ganze Zeit der Ehe so bestimmen, daß sie in zwei verschiedene Fruchtjahre fiel. Ferner durfte sie von jedem der beiden Jahre nur einen Theil ausfüllen, da sonst überhaupt von einer Vertheilung der Früchte keine Rede sein kann.

Um nun die Eine Seite jenes Princips darzustellen, und in der Darstellung dieser Einen Seite zugleich die Falschheit des Princips in ihrer ganzen Blöße zu zeigen, mithin dadurch die Regel Papinian's in ihrem negativen Theile, da sie weiter nichts ist als eine Abweichung der anderen Seite desselben Princips, zu rechtfertigen, nimmt er an, daß im ersten Fruchtjahre der Mann die Früchte percipirt hat. Als Dauer der Ehe in diesem Jahre mußte nun, da es ja auf diese nach jenem falschen Principe gar nicht ankommt, eine möglichst kurze Zeit gewählt werden. Ulpian nimmt die kürzeste, die überhaupt in Betracht kommen kann, Einen einzigen Tag. Das konnte natürlich kein anderer sein als derjenige, an welchem der Mann die Früchte geerntet hatte. Da nun als derjenige Gegenstand, woran Alles verdeutlicht werden soll, ein Weinberg gewählt ist, das Fruchtjahr aber bei einem solchen vom 1. October bis zum wiederkehrenden 1. October exclus. läuft, so

wird, um möglichst an bekannte und jedem Römer geläufige Dinge anzuknüpfen, der regelmäßige Schlußpunkt des Fruchtjahrs, der 30. September, als jener Tag gesetzt, den die Ehe im ersten Fruchtjahre gedauert hat, und an welchem die Früchte vom Manne geerntet worden sind. Da ferner die Ehe nur in zwei Fruchtjahre fallen sollte, mußte dieser selbe Tag, der 30. September, auch als der Tag des Eheabschlusses und zugleich als der der Dotalbestellung gesetzt werden. So kommt es denn auf sehr natürliche Weise, daß der 30. September in dieser dreifachen Eigenschaft: als tempus vindemiae, als dies, quo fundus in dotem est, und als Tag des Eheabschlusses erscheint.

Für die Verdeutlichung der anderen Seite jenes Princips, welche Papinian allein bei den Worten non ex die locationis im Auge gehabt hatte, war zunächst ein dies locationis festzusetzen, dieser aber so zu wählen, daß zwischen ihm und dem Anfangspunkte des zweiten Fruchtjahres eine Zwischenzeit, praecedens tempus, blieb, die bei der zunächst folgenden Berechnung der dem Manne von der merces des zweiten Fruchtjahrs auszuwerfenden Quote, wenn sie nach dem falschen Principe angestellt wird, außer Acht gelassen, aber bei der später folgenden, nach dem wahren Principe habita ratione praecedentis temporis anzustellenden Berechnung zu derjenigen Zeit hinzugeschlagen werden konnte, für welche ein entsprechender Theil der merces dem Manne abgemessen werden sollte. Diesen Forderungen ist nun auf's Beste durch die von Ulpian getroffenen Zeitbestimmungen genügt. Da der 30. September, der Tag der vom Manne vorgenommenen vindemia, das erste Fruchtjahr beschließt, so ist auch der Anfang des zweiten Fruchtjahrs der als Regel feststehende, der 1. October. Als dies locationis wird der 1. November angenommen, und dadurch das zwischen ihm und dem 1. October liegende praecedens tempus von der sehr passenden, in jede Rechnung sich leicht einfügenden Größe eines Monates gewonnen. Endlich wird der letzte Januar, als Schlußpunkt der Ehe, als Tag des divortium gesetzt, der zwar an sich ziemlich gleichgiltig, aber für die größere oder geringere Schwierigkeit der Berechnung von Bedeutung ist. Aus diesem Gesichtspunkte war aber auch der letztgenannte Tag sehr passend, weil dadurch die ganze Dauer der Ehe gerade auf $^1/_3$ Jahr sich belief, und zwischen ihm und dem dies locationis $^1/_4$ Jahr lag.

Nachdem wir so gesehen haben, wie Ulpian dazu vermocht werden konnte, sein Beispiel so zu wählen, daß er die fructus einmischen mußte, nehmen wir unsere oben aufgeworfene Frage wieder auf, ob

die Negation (neque), die, wie wir gesehen, jeden Falles auf quartam partem mercedis mit vollem Gewichte ruht, auch auf fructus zu beziehen ist. Sie ist entschieden zu bejahen. Außer den in unserer so eben gegebenen Erörterung liegenden Gründen sprechen es die unmittelbar auf den Satz „neque enim si — aequum est“ in unserer Stelle folgenden Worte „alioquin si — fructus integros retinebit“ deutlich aus, ja so deutlich, daß dadurch die andere Beziehung des neque, die auf quartam partem mercedis, fast ganz in den Hintergrund gedrängt wird. Dieß führt uns zugleich auf einen Einwand, der gegen unsere Auffassung in Betreff der Beziehung des neque aus jenem Satze „alioquin si“ entnommen werden kann. Ganz unleugbar verweilt Ulpian in dem Satze „alioquin si“ lediglich bei der Negation der fructus vindemiae, und es könnte daraus gefolgert werden, daß darum auch in dem vorhergehenden Satze das neque nicht auf quartam partem mercedis, sondern lediglich auf fructus zu beziehen sei. — Wie durchaus nothwendig aber die Beziehung des neque auf jene Worte wegen des Zusammenhanges mit der Regel Papinian's ist, haben wir oben gezeigt. Daß nun von den beiden Worten, worauf sich neque bezieht, besonders die fructus in dem Satze „alioquin si“ hervorgehoben werden, hat offenbar seinen Grund darin, daß besonders an diesem Theile der Berechnung die Absurdität derselben einleuchtend gemacht werden konnte, an dem anderen Theile der schneidende Widerspruch gegen alle Billigkeit nicht so augenfällig hervorgehoben werden konnte. Denn dort ist das Verhältniß des falschen zum wahren Resultate: $1 : \frac{1}{365}$, oder 365 : 1, hier nur $\frac{1}{4} : \frac{1}{3}$, oder 3 : 4.

Wir sind also durch unsere Untersuchung über den ersten Theil der Erörterung Ulpian's zu dem Ziele geführt worden, daß in derselben als durch die Anwendung eines falschen Princips hervorgebrachte, und daher selbst als falsche Größen in der Berechnung die fructus vindemiae als Ganzes und quarta pars mercedis bezeichnet sind, und wir daher erwarten müssen, daß in der nun in dem Satze Itaque si dargestellten richtigen Berechnung jene beiden Größen nicht wieder vorkommen werden, sondern durch richtigere, den Billigkeitsgrundsätzen der dos entsprechende, ersetzt sein müssen.

§. 6.

Wir gehen jetzt zu den Worten über, in welchen diese richtige Berechnung dargestellt ist, und beginnen damit die Erörterung des zweiten Theils der ganzen Auseinandersetzung Ulpian's, d. h. desjenigen, welcher sich an die Worte Papinian's sed habita ratione praecedentis dem Sinne nach anschließt. Es sind dieß die Worte:

Itaque si fine mensis Januarii divortium fiat et quatuor mensibus matrimonium steterit, **vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.**

Wir sind somit an dem Zielpunkte unserer ganzen Untersuchung, zu welchem wir uns in dem Bisherigen theils durch genauere Prüfung der Data des Beispiels, theils durch Aufdeckung des inneren Zusammenhanges und Baues der ganzen Stelle, einen Weg zu bahnen suchten, angelangt. Versuchen wir es jetzt, ob es uns nicht gelingt, mit Hilfe der einzelnen, auf diese Weise uns erworbenen unterstützenden Momente einen Ausweg aus den vielfachen bisher unüberwindlich gebliebenen Schwierigkeiten jener Worte zu finden.

Halten wir zunächst wieder den bisher verfolgten, durch die ganze Stelle sich durchziehenden leitenden Faden fest. Da hiernach der eigentliche Gegenstand, um welchen sich der Ausspruch Papinian's dreht, und welcher daher auch in der Entscheidung Ulpian's die Hauptsache ist, die Vertheilung der merces aus dem letzten Jahre der Ehe ist, so dürfen und wollen wir die Worte vindemiae fructus, welche nur in einem entfernteren Bezuge zu jener Regel Papinian's stehen können, zunächst ganz unberücksichtiget lassen und unsere Aufmerksamkeit auf die Worte quarta portio mercedis instantis anni richten.

Wie wohl kein Unbefangener leugnen wird, ist von unserer Stelle noch keine Erklärung gegeben worden, die in ihrer Totalität eine befriedigende zu nennen wäre. Unserer Ansicht nach ist aber bisher auch noch nicht einmal die Aufgabe gelöst worden, überhaupt nur aufzufinden, durch welche Rechnungsoperation Ulpian auf die Zahl $^1/_4$ (quarta portio mercedis) gekommen ist; ganz abgesehen also davon, ob diese Rechnungsoperation nach sonstigen Grundsätzen gerechtfertigt werden kann oder nicht, ob das endliche Resultat der ganzen Rechnung ein befriedigendes ist oder nicht, nur einen Grund anzugeben, wonach jene Zahl nicht mehr als ein völliges Räthsel erscheint.

Möglicher Weise könnte Ulpian zur Festsetzung jener Zahl zweierlei Gründe gehabt haben. Der eine könnte der sein, daß am 1. November die neue Fruchtperiode beginne, und also $^1/_4$ des zweiten Fruchtjahres am Tage der Ehescheidung verflossen sei. So müssen diesen Punkt die im Uebrigen wieder sehr weit auseinandergehenden Interpreten Duaren, Vangerow, Connanus, Schrader erklären. Diese Erklärung scheitert aber an unserer oben angestellten Untersuchung über die Zeit der Weinlese, wonach diese nicht auf das Ende des October, sondern einen ganzen Monat früher, auf den Schluß des September fällt.

Es könnte also nur der andere Grund übrig bleiben, daß der Tag der Verpachtung auf den 1. November fällt, somit während der Ehe der fundus nur $^1/_4$ Jahr verpachtet gewesen ist. Zu dieser Erklärung werden sich Cujacius, Hasse, Bucha[14]) verstehen müssen. Sie liegt aber der Wahrheit noch ferner als die erstere. Wenn sie richtig wäre, würde Ulpian in denjenigen Worten, welche eine Erläuterung des Ausspruchs Papinian's enthalten sollen, eine solche Erläuterung geben, welche das stricteste Gegentheil von demjenigen enthielte, was sie erläutern soll. Denn während Papinian oben gelehrt hatte, es solle non ex die locationis die Quote von der merces dem Manne berechnet werden, so würde an dieser Stelle Ulpian lehren,

[14]) So lehrt denn auch in der That Bucha, Vorlesungen zu den Pandecten §. 421, pag. 266: „Durch die volle Erndte sollte der Mann einen Vortheil haben. Dieser würde kein Bedenken haben, wenn das Jahr der Trennung das zweite, dritte ꝛc. wäre. Hier wäre die Erndte und $^{11}/_{12}$ des Pachtzinses das Ganze, von welchem er ein Drittel bekäme. Dieß muß als regelmäßige Entscheidung gelten." Auch dieser Rechtslehrer gibt also einen auffallenden Beleg zu dem oben von uns in Bezug auf sämmtliche Interpreten, welche sich an unserer Stelle versucht haben, ausgesprochenen Tadel, daß sie nämlich die fraglichen Worte, ohne Rücksicht auf den Zusammenhang der Stelle, losgerissen für sich zu erklären suchen. Angesichts der unsere Stelle beginnenden Worte Papinian's, „non ex die locationis", und im directen Widerspruche mit ihnen will also Bucha, wenn das Dotaljahr in zwei Fruchtjahre fällt, die für das zweite Fruchtjahr dem Manne gebührende Quote ex die locationis in der Regel berechnen. Denn daß er nur aus dem Grunde auf $^{11}/_{12}$ des Pachtzinses kommt, weil am 1. November der Weinberg verpachtet worden ist, dieser der dies locationis ist, nicht etwa darum, weil etwa auch nach seiner Ansicht mit diesem Tage das zweite Fruchtjahr beginnt, geht aus seinen Worten zu Anfang des §. 421 hervor, wo er sagt: „Das Grundstück ist zur Zeit der Weinlese zur dos gegeben, der Mann hat die Erndte bezogen und das Grundstück vom 1. November an verpachtet", indem er hiernach jeden Falles der Ansicht ist, daß das erste Fruchtjahr vor dem 1. November schließt, ohne daß er sich jedoch veranlaßt gesehen hätte, genauer den Zeitpunkt, wann es schloß, anzugeben, da ja nach seiner Ansicht dieser Zeitpunkt irrelevant ist, nicht nach Fruchtjahren, sondern Dotaljahren *gerechnet und* getheilt werden soll.

es ſolle gerade ex die locationis (dem 1. November) berechnet werden. Alſo, die Worte quarta portio mercedis ſind und bleiben ein unlösbares Räthſel.

Wir können aber noch weiter gehen. Sie ſind nicht nur ein Räthſel, ſondern entſchieden falſch, weil, wie wir oben (§. 6) geſehen haben, der erſte Theil der Erörterung Ulpian's, der Satz: „neque enim si" — aequum est", die quarta pars mercedis als unrichtige Zahl ganz augenſcheinlich verwirft, und daher ihr Wiedererſcheinen in der richtigen Berechnung unmöglich macht.

Wir haben alſo vollkommen Grund, gegen die Richtigkeit der Lesart Verdacht zu ſchöpfen, wenngleich uns von dieſer Stelle keine Variante überliefert iſt. — Sehen wir nun einmal von den Worten ſelbſt ganz ab und erinnern wir uns an das, was wir oben über das Verhältniß der Schlußworte zu dem vorhergehenden Theile unſerer Stelle auseinandergeſetzt haben. Dieſes Verhältniß iſt das einer Concluſio zu ihren Prämiſſen, zu der gegebenen Theſis und Hypotheſis. Die Theſis iſt uns in der Regel Papinian's, den Anfangsworten unſerer Stelle, die Hypotheſis in den einzelnen Datis des Falles gegeben. Beide wurden, eine jede beſonders, einer genaueren Erörterung im Obigen unterworfen, und ſollen jetzt von uns combinirt werden, um uns aus der Verlegenheit zu helfen, in welche uns die Worte quarta portio mercedis geſetzt haben.

Fragen wir uns alſo, der wievielſte Theil der merces nach den factiſchen Vorausſetzungen und jener Regel Papinian's (sed habita ratione praecedentis temporis) dem Manne ausgeſchieden werden muß, ſo können wir unzweifelhaft nur auf folgendes Reſultat kommen. Wir werden unzweifelhaft ſo raiſonniren müſſen:

Der fundus iſt zwar erſt am 1. November verpachtet worden, von da an iſt alſo bis zum Ende der Ehe nur die quarta pars anni verfloſſen. Nach der ausdrücklichen Beſtimmung Papinian's ſoll es nun aber auf den dies locationis gar nicht ankommen, vielmehr das ganze praecedens tempus eingerechnet werden. Zur Zeit des Anfangs des zweiten Fruchtjahres, am 1. October, beſtand nun ſchon die Ehe. Wir haben alſo die Zeit, für welche dem Manne eine Quote der merces gebührt, von dem 1. October an zu berechnen. Vom 1. October bis zum letzten Januar beträgt nun aber die Zeit vier Monate, oder $^1/_3$ Jahr.

Alſo bekommt der Mann die tertia portio mercedis instantis anni.

In den Worten unſerer Stelle heißt es nun freilich „quarta portio mercedis“. Leſen wir aber weiter, ſo finden wir, daß im Abſtande von Ein bis zwei Zeilen das Wort „tertia portio“ ſteht. Müſſen wir es darum nicht jetzt ſchon für leicht möglich halten, daß die beiden Ausdrücke, tertia portio und quarta portio, mit einander verwechſelt worden ſind? Dieſe Vermuthung würde noch an Sicherheit bedeutend gewinnen, wenn etwa eben ſo gut, wie tertia portio an der Stelle von quarta portio paßt, auch quarta portio die Stelle von tertia portio einnehmen könnte. Dieß wird ſich leicht ergeben, wenn wir die Rechnung, die nach Umtauſchung jener Worte nöthig iſt, ausführen [15]). Addiren wir zu den fructus vindemiae die tertia portio mercedis, ſo haben wir den Ertrag von 16 Monaten oder $^4/_3$ Jahren, und nehmen wir von dieſem Ertrage die quarta portio (ut ex ea pecunia quarta portio relinquatur), ſo bekommen wir den Ertrag von 4 Monaten oder $^1/_3$ Jahr, alſo den Ertrag für eben dieſelbe Zeit, welche die Ehe gedauert hat.

$$\left(\frac{12+4}{4}=4;\quad \frac{1+{}^1/_3}{4}=\frac{{}^4/_3}{4}={}^1/_3.\right)$$

Wenngleich nun die Art, wie der Diviſor 4 entſteht, eben ſo wenig wie das eigenthümliche confundere der fructus und der tertia portio mercedis jetzt ſchon eingeſehen werden kann, ſo iſt doch das ſchon einleuchtend, daß, wenn wir jene beiden Ausdrücke einen jeden an die Stelle eines anderen verſetzen, wir jedes Wort, die ganze Conſtruction, im einfachſten, natürlichſten Sinne auffaſſen können, und dennoch ein Reſultat ſich ergibt, welches im vollkommenſten Einklange mit allgemeinen Principien ſteht, beide Schwächen alſo, von denen eine immer bei einer jeden der bisherigen Erklärungen unſerer Stelle ſich findet, vermieden werden.

Wir ſchlagen daher vor, die Stelle folgendermaßen zu ändern:

Statt: vindemiae fructus et **quarta portio** mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia **tertia portio** viro relinquatur.

leſe man: vindemiae fructus et **tertia portio** mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia **quarta portio** viro relinquatur.

Bevor wir es unternehmen, die einzelnen Zahlverhältniſſe und ihre Entſtehung darzuſtellen, ſo wie zu unterſuchen, welche allgemeine

---

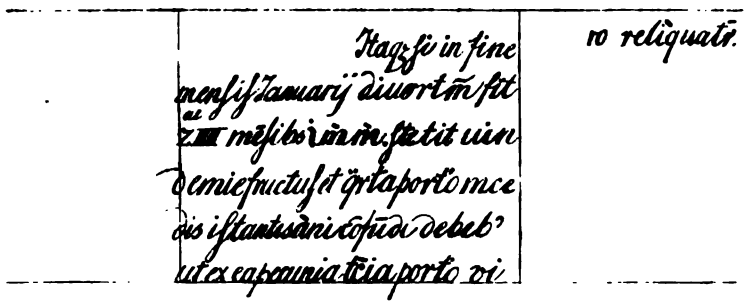
[15]) Die nähere Erklärung dieſes Zuſammenrechnens wird weiter unten folgen.

Regel aus den Schlußworten unſerer Stelle nach der vorgeſchlagenen Lesart zu entnehmen ſein könnte, wollen wir noch genauer, als es ſo eben geſchehen konnte, nachzuweiſen ſuchen, auf welche Weiſe die jetzige ohne eine Variante beſtehende Lesart aus der von uns vorgeſchlagenen entſtanden ſein kann.

Beide Arten der Entſtehung, ſowohl die abſichtliche Aenderung, als die nur auf Nachläſſigkeit der Abſchreiber beruhende, ſind bei unſerer Stelle möglich. Beſonders nahe liegt es, wie bloße Nachläſſigkeit daran Schuld ſein kann.

Die Worte tertia portio und quarta portio ſtehen ſo nahe beiſammen, daß ſie auch ohne irgend eine andere beſondere Veranlaſſung ſehr leicht verwechſelt werden konnten. Solche beſondere Veranlaſſungen liegen aber außerdem noch vor. Einmal gehört dahin die Entfernung beider Worte von einander, und die durch ſie bedingte Stellung beider zu einander.

So weit uns nämlich Manuſcripte einzuſehen verſtattet war, beträgt die Entfernung zwiſchen beiden Ausdrücken entweder ganz genau zwei Zeilen oder doch ungefähr, ſo daß jene entweder ganz genau oder doch ungefähr unter einander ſtehen. Beſonders auffallend iſt dieſe Stellung zu einander in dem einen Manuſcripte der Berliner königlichen Bibliothek, fol. 16. der Mss. lat. in fol. (Infortiatum cum glossis, von l. 3. tit. III. lib. XXIV anfangend. Cod. membranaceus cum initialibus rubris caeruleisque saec. XIV.), aus welchem die Worte in derſelben Geſtalt, die ſie in demſelben haben, mitgetheilt werden ſollen [16]).



[16]) Das andere Manuſcript des Infortiatum in derſelben Bibliothek fol. 268 enthält die Stelle gar nicht, weil die erſten Blätter zerriſſen ſind.

Hier ſtehen alſo die Worte quarta portio (qrta port-o) und tertia portio (t'cia port-o) ſo genau unter einander, als ob der Raum für das eine durch Parallellinien von dem andern aus vorher abgemeſſen worden wäre.

Weniger ſcharf correſpondirend, aber doch noch immer auffallend genug ſtehen jene Worte zu einander in den beiden jetzt im Beſitze Keller's befindlichen Handſchriften. In der einen, die geſammten Digeſten enthaltenden, früher von Hermann Colladonius (1535), dann von Meermann (1747) beſeſſenen, haben ſie folgende Stellung:

quarta portio mercedis instantis anni confundi debebuntur, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

In der andern (Infortiatum saec. XIV.) folgende:

quarta portio mercedis instantis anni confundi debebuntur, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

Bei dieſer Uebereinſtimmung können wir wohl mit Grund annehmen, daß auch die älteſten Handſchriften in demjenigen äußeren Zuſammenhange jene Worte enthielten, daß wenigſtens das eine ungefähr die Stelle über resp. unter dem anderen einnahm. In welch' hohem Grade aber durch eine derartige Stellung die Verwechslung beider Worte erleichtert werden mußte, liegt auf der Hand.

Eine nicht minder ſtarke Verführung für den Abſchreiber lag in den vorhergegangenen Worten: „quartam partem mercedis aequum est". Was konnte einem Abſchreiber leichter begegnen, als daß er an dieſer Stelle, wo er tertia portio mercedis und gleich darauf quarta portio vor Augen oder im Ohre hatte, gerade ſo, wie er kurz zuvor geſchrieben hatte quartam partem mercedis, auch jetzt wieder ſchrieb quarta portio mercedis, und daher das eigentlich hieher gehörige tertia portio an die zweite Stelle ſetzte, wo er etwas von portio geleſen oder gehört hatte? Die Verführung lag nämlich eben ſo nah, wenn er von einem nebenliegenden Exemplare abſchrieb, als wenn ihm dictirt wurde. Die Täuſchung iſt eben ſo leicht für den Sinn des Geſichts als des Gehörs.

Endlich konnte als dritte beſondere Veranlaſſung das ungefähr Eine Zeile vor unſerer Stelle ſtehende quatuor (vv. „quatuor mensibus steterit") mitwirken. Da bis zu den Worten, wo von der „portio mercedis" die Rede iſt, immer nur die Zahl „vier" vorkommt, das *quarta pars* und quatuor in Aug' und Ohr ſich feſtſetzen mußte, und

gleich darauf wieder von quarta portio [scilicet: viro relinquatur] die Rede war, so konnte das tertia portio sehr leicht durch dieses Uebergewicht von „vieren“ aus seiner ursprünglichen Stellung verdrängt werden.

Eben so gut kann aber auch durch absichtliche Aenderung die jetzige Lesart aus der von uns als ursprünglich angenommenen entstanden sein. Wenn man nämlich die einzelnen Data des Beispiels nicht so auffaßt, wie wir sie festgestellt haben, sondern so, wie sie bisher allgemein verstanden wurden, und eben so den andern allgemein sich findenden Fehler sich zu Schulden kommen läßt, die Schlußworte ohne Rücksicht auf den Zusammenhang mit dem Ganzen zu erklären, muß jene ursprüngliche Lesart nicht nur schwierig, sondern ganz unerklärlich und sinnlos erscheinen. Denn, wie sollte Ulpian zu der tertia portio mercedis kommen, da doch, wie man allgemein annimmt, das neue Fruchtjahr am 1. November begann, also nur ¼ Jahr vom Anfange desselben bis zum divortium verflossen war, und wie nun erst auf die quarta portio ex ea pecunia relinquenda, da doch die Ehe eine tertia portio anni gedauert hatte? — Umgekehrt, wenn man eine jede der beiden Zahlen an die Stelle der anderen setzte, so ließ sich doch die jedesmalige Zahl durch irgend einen Grund erklären, wenn auch das ganze Resultat der Rechnung nicht befriedigen konnte. Quarta portio mercedis schien sich ganz vortrefflich zu erklären, da man ja annahm, daß am 1. Novemb. das zweite Fruchtjahr begonnen habe, oder doch diesem Tage eine Bedeutung als dies locationis glaubte beimessen zu dürfen, und die tertia portio ex ea pecunia relinquenda war denn doch bei Weitem leichter zu erklären, als die quarta portio ex ea pecunia relinqu., da man doch eine Beziehung auf die ganze Dauer der Ehe, die auch ein Drittel Jahr betrug, darin finden konnte. Daher schien denn das wenigstens unzweifelhaft zu sein, daß jene Worte, so wie sie überliefert waren, nicht aus der Feder Ulpian's geflossen seien, vielmehr ursprünglich ein jeder Ausdruck die Stelle des anderen eingenommen und durch Zufall im Laufe der Zeit an die verkehrte Stelle gekommen sei.

Auch bei dieser absichtlichen Aenderung konnten wieder jene Worte quartam partem mercedis aequum est eine bedeutende Rolle spielen. Wer nämlich jene Aenderung, oder, wie es ihm schien, Restitution der Worte an ihren wahren Ort, vornehmen zu müssen glaubte, konnte für seine Ansicht eine Bestätigung in jenen vorhergehenden Worten finden. Wie er dort las „neque — quartam partem mercedis aequum est“, so konnte er leicht darauf kommen, zu glauben, daß auch hier quar-

tam portionem mercedis gelesen werden müsse, und zwar um so mehr, da in dem vorhergehenden Satze „neque enim si", wie man leicht wegen des alioquin si cet. glauben kann, nach seiner Ansicht nichts weiter ausgedrückt war, als ein zu großes Quantum, welches der Mann nicht erhalten solle, und er daher erwarten mußte, daß, wenn kein kleineres, so doch jeden Falles kein größeres Quantum in dem die erste Rechnung berichtigenden Satze „Itaque si", sei es auch nur in einem Theile, folgen werde. Wäre aber noch ein Zweifel an der Unrichtigkeit der vorgefundenen Lesart gewesen, so mußte derselbe durch das den §. 2 einleitende E contrario gehoben werden, da dieses doch offenbar darauf hinzuweisen schien, daß, wie im §. 2 die Quote des Mannes ratione praecedentis temp. vergrößert wird, so umgekehrt im §. 1 dieselbe verkleinert oder doch wenigstens nicht größer werden dürfe, als sie in dem Satze „neque enim si" angegeben worden [17]).

Gab es nun aber einmal einige Handschriften, in welche die jetzige Lesart, sei es durch Nachlässigkeit der Abschreiber, sich eingeschlichen hatte, oder absichtlich hineingesetzt war, so mußte sie aus denselben Gründen, die für ihre Entstehung eingewirkt hatten, um so leichter bei einer vorgenommenen Vergleichung die richtige, ursprüngliche, aus allen Handschriften verdrängen.

Nach dieser Darstellung der so zahlreichen und so nahe liegenden Veranlassungen, welche auf die Corruption der richtigen Lesart einwirken mußten, ist es denn nicht zu verwundern, daß uns das Andenken derselben auch nicht in einer einzigen Handschrift erhalten worden ist, und daß die falsche jetzige Lesart schon zur Zeit, wo die Scholiasten zu den Basiliken schrieben, also ungefähr vier Jahrhunderte nach der Abfassung der Digesten, wenigstens die überwiegende geworden war.

Indessen ließe sich vielleicht aus dieser Zeit noch eine Spur der richtigen Lesart nachweisen. Dem Scholion des Dorotheus zu Basilicor. lib. XXVIII, tit. VIII, liegt nämlich allerdings die falsche Lesart offenbar zu Grunde. Cyrillus aber gibt zu derselben Stelle ein Scholion, welches zwar wegen seiner Kürze nicht ganz verständlich ist, doch aber am besten erklärt werden kann, wenn wir annehmen, daß er die richtige Lesart vor Augen gehabt hat. Die Worte, auf welche es hier ankommt (die ganze Stelle s. oben §. 1 a. E.), sind „ἀλλὰ σὺν ἄντοις δ' μηνῶν". Wenn man nämlich, wie es offenbar die Absicht des Cyrillus ist, die Worte unseres Gesetzes, wie sie nach der vorgeschla-

[17]) Ueber das E contrario siehe unten §. 7.

genen richtigen Lesart lauten, „fructus et tertia portio mercedis, ut ex ea pecunia quarta portio viro relinquatur", kürzer ausdrücken will, kann man sagen, da fructus et tertia portio mercedis = Ertrag von 16 Monaten sind, „der Ertrag von 16 Monaten, dividirt durch 4" (letzteres = „ut quarta portio — relinquatur"), oder noch kürzer, da $\frac{12 + 4}{4} = \frac{16}{4} = 4$, „der Ertrag von 4 Monaten", und um diesen kürzesten Ausdruck seiner Entstehung nach, auf die hier Alles ankommt, zu erklären, kann man die Worte hinzufügen, „worin die Früchte aus dem ersten Jahre mit eingerechnet sind" (nämlich 12 zu 4, und dann dividirt durch 4). Gerade dieser Ausdruck findet sich nun aber bei Cyrillus (ὂν λαμβάνω τὰ τῶν τρυγητῶν καὶ γ μηνῶν): ἀλλὰ σὺν αὐτοῖς [nämlich: τοῖς τοῦ τρυγητῶν, sondern mit Einrechnung des Ertrages der Weinlese] τὰ δ' μηνῶν („den Ertrag von 4 Monaten"). Daß dieß besonders deutlich ausgedrückt ist, liegt uns fern zu behaupten. Das aber scheint uns unleugbar, daß dieser allerdings verschrobene Ausdruck am besten mit Zugrundelegung unserer richtigen Lesart erklärt werden kann, und somit in diesem Scholion des Cyrillus eine Spur unserer Lesart zu finden ist.

§. 7.

Wir haben jetzt 1. die Entstehung der einzelnen in unserer Lesart vorkommenden Größen nachzuweisen, und 2. die Uebereinstimmung des nach derselben sich ergebenden Resultates der Rechnung mit allgemeinen Grundsätzen aufzudecken, d. h. sie zu rechtfertigen. Was den ersten Punkt betrifft, so bietet derselbe keine irgendwie erheblichen Schwierigkeiten dar.

Die Entstehung der einzelnen Zahlen ist nämlich folgendermaßen zu denken:

Da der Mann die fructus vindemiae, die im ersten Jahre gewachsen sind, vollständig geerntet hat, so hat er durch sie den Ertrag des Weinberges von 12 Monaten in Händen. Er hat aber auch Anspruch auf diejenige Quote von dem Ertrage des Weinberges im zweiten Fruchtjahre, d. h. von der merces, welche der ganzen Zeit entspricht, welche die Ehe in diesem zweiten Jahre gedauert hat, das heißt nicht nur vom 1. November, dem dies locationis, sondern vom 1. October bis zum letzten Januar, also, mit Einrechnung des tempus prae-

cedens, im Ganzen für 4 Monate, oder $^1/_3$ Jahr. Es gebührt ihm mithin auch die tertia portio mercedis instantis anni. Wenn dieſe ihm nun ausgeſchieden und zu jenen fructus vindemiae hinzugefügt iſt, ſo finden wir diejenige Summe, welche der Weinberg dem Manne während der ganzen Ehe eingetragen hat, im weiteſten Sinne des Wortes. Dieſe Summe iſt der Ertrag des Weinberges von 12 Monaten (fructus) und 4 Monaten (tertia portio mercedis), alſo im Ganzen von 16 Monaten oder $^4/_4$ Jahr. Die Ehe hat aber nur 4 Monate oder $^1/_3$ Jahr gedauert. Alſo gebührt dem Manne von jener Summe auch nur der ſo vielte Theil, als die Zeit der Ehe in jener Zeit, für welche der Mann den Ertrag in Händen hat, enthalten iſt, d. h. alſo, jene Summe muß durch diejenige Zahl dividirt werden, welche entſteht, wenn die Zeit, für welche der Mann den Ertrag beſitzt ($12 + 4 = 16$ Monate, $1 + {}^1/_3 = {}^4/_3$ Jahr), durch diejenige Zeit dividirt wird, welche die Ehe gedauert hat (4 Monate, $^1/_3$ Jahr). Der Diviſor 4 (ut ex ea pecunia quarta portio viro relinquatur), wodurch jene Summe, vindemiae fructus et tertia portio mercedis, zu theilen iſt, entſteht alſo dadurch, daß 12 Monate plus 4 Monate (= 16 Monate oder $^4/_3$ Jahr) dividirt werden 4 (reſp. $^1/_3$, entſprechend der Dauer der Ehe von 4 Monaten (oder $^1/_3$ Jahr). Denn $\frac{11 + 4}{4} = 4$ $\left(\frac{^4/_3}{^1/_3} = 4\right)$.

Dieſe ganze Deutung der Zahlen iſt ſo einfach und natürlich, daß die Richtigkeit derſelben wohl kaum einem Zweifel unterzogen werden wird. Zur Erläuterung der einzelnen Größen bemerken wir indeſſen noch Folgendes: Wir haben hier wieder einen Augenblick bei der Frage zu verweilen, wie es kommt, daß Ulpian auch bei dieſer Darſtellung der zweiten Seite der Papinian'ſchen Regel fructus vindemiae in die Rechnung bringt, obgleich jene Regel nichts davon enthält. Sie beantwortet ſich aber noch leichter, als die gleiche Frage bei der erſten Entſcheidung Ulpian's. Wir brauchen uns nur daran zu erinnern, worauf wir ſchon oben viel Gewicht gelegt haben, daß Ulpian offenbar das Beiſpiel zunächſt nur in der Abſicht gewählt hat, um die falſche Berechnung in ihrer Abſurdität darzuſtellen. Ging er nun aber zur Erörterung der richtigen Berechnung über, ſo lag für ihn nichts näher, als daß er das einmal gewählte Beiſpiel beibehielt, ſchon aus dem Grunde, damit nicht durch einen Wechſel desſelben der Gegenſatz der richtigen Berechnung gegen die falſche geſchwächt werde.

Hätte er das Beiſpiel gleich von vornherein nur für die Erläuterung der poſitiven Seite der Papinian'ſchen Regel oder doch prin-

cipaliter für dieſelbe gewählt, ſo würde er ſicherlich die fructus ganz bei Seite gelaſſen und wahrſcheinlich den Anfangspunkt der Ehe auf den 1. October gelegt haben. Weil er jedoch einmal das Beiſpiel aus einem anderen Geſichtspunkte anders gewählt hatte, ſo behielt er es auch im weiteren Verlaufe der Erörterung bei. Er wurde nun aber durch die eigenthümliche Geſtaltung, welche er dem Falle in ſeiner erſten Betrachtung gegeben hatte, und durch die hierdurch nothwendig gewordene Berückſichtigung concurrirender Rechtsſätze zu einer Modification der nach der Papinian'ſchen Regel anzuſtellenden Berechnung der portio mercedis gezwungen, wodurch die Verdeutlichung dieſer Regel getrübt werden mußte, und von welcher es daher, wie wir unten ſehen werden, ſehr zweifelhaft iſt, ob er ſie auch unter weniger eigenthümlichen Beſtandtheilen des Falles würde haben eintreten laſſen.

Die zweite Größe, tertia portio mercedis, iſt, wie wir oben nachgewieſen, ein ſo nothwendiges Glied in der Kette der ganzen Auseinanderſetzung Ulpian's, daß ſie es eigentlich allein iſt, welche den Schluß des Paragraphen, worin ſie ſteht, mit dem an die Spitze desſelben geſtellten allgemeinen Gedanken verbindet, auf dieſen Gedanken wieder zurückweiſt.

Das Einzige, was gegen die Richtigkeit dieſer Größe vorgebracht werden könnte, wäre die Verbindung, in welche der Anfang des §. 2 mit den Schlußworten des §. 1 durch die Worte E contrario geſetzt iſt.

Im §. 2 wird nämlich augenſcheinlich ein Fall behandelt, in welchem die dem Manne von den Früchten gebührende Quote dadurch, daß ſie nicht ex die locationis, ſondern mit Berückſichtigung des ganzen praecedens tempus berechnet wird, größer wird, als wenn ſie ex die locationis berechnet worden wäre, die ratio praecedentis temporis alſo lediglich zum Vortheile des Mannes ſtattfindet. Durch jene den §. 2 einleitenden Worte E contrario, durch den hierdurch ausgedrückten Gegenſatz könnte man nun verſucht ſein, anzunehmen, daß die in den Schlußworten des §. 1 enthaltene, dem Manne in dem dort behandelten Falle gebührende Quote der merces kleiner ſein müſſe, als die in dem Satze „neque enim si" bezeichnete, ex die locationis berechnete, oder wenigſtens nicht größer ſein dürfe, daß mithin, da dieſe ex die locationis berechnete Quote eine quarta pars mercedis betrage, in jenen Schlußworten höchſtens eine quarta portio mercedis wieder vorkommen könne, nimmermehr aber, wie wir wollten, eine tertia portio. Dieſen Einwand müſſen wir hier um ſo mehr berückſichtigen, als wir ſchon bei mehreren Gelegenheiten den §. 2 zur Erläu-

terung des §. 1 herbeigezogen haben, offenbar in der Voraussetzung, daß sowohl in dem einen als in dem anderen Paragraphen wesentlich gleiche Fälle behandelt werden.

Man bemerke nun aber gegen jene Einwendung:

Es muß durchaus in Abrede gestellt werden, daß im Wesentlichen der Berechnung des §. 1 u. §. 2, das heißt, was die Berechnung der Quote der merces selbst anbetrifft, ein Gegensatz liegt. In beiden findet die ratio praecedentis temporis ausschließlich zum Vortheile des Mannes, zur Vergrößerung der ihm auszuwerfenden Quote Statt. Auch in den Schlußworten des §. 1 wollte Ulpian keinen anderweitigen, als den die Quote des Mannes vermehrenden Einfluß des praecedens tempus nachweisen. Auf der anderen Seite wurde aber der Schein eines Gegensatzes durch die an sich unstatthafte Einmischung der fructus vindemiae hervorgerufen. Durch diese entstand ein Endresultat der ganzen Rechnung, welches, verglichen mit dem Resultate der falschen Berechnung non habita ratione praecedentis temporis, wie es im vorhergehenden Satze „neque enim si — aequum est" angegeben worden war, sich für den Mann als ein entschieden ungünstiges darstellte. Dort bekam er nur $^1/_4$ mercedis, aber dafür behielt er die fructus vindemiae vollständig für sich. Hier wurde ihm zwar wegen der ratio praecedentis temporis Anfangs eine größere Quote, tertia portio mercedis, ausgeworfen, dafür mußte er aber die ganzen fructus in die Theilung mit einwerfen, und behielt von ihnen, wenn schließlich die Theilung durch 4 ausgeführt wurde, nur ein Viertel.

Wird nun aber, wie es im §. 2 geschieht, das Beispiel so gewählt, daß von der den Einfluß der ratio praecedentis temporis paralysirenden und in den Hintergrund drängenden Einmischung der fructus vindemiae eines früheren Jahres keine Rede sein kann, so muß natürlich jener dem Manne immer günstige Einfluß des praecedens tempus ungetrübt an's Licht treten. Daß der hierdurch hervorgerufene Gegensatz aber nur ein scheinbarer ist, und uns daher in unserer Auffassung des §. 1 in seinem Verhältnisse zu §. 2 die Worte E contrario nicht irre machen können, liegt jetzt auf der Hand.

Wie endlich der Gedankengang, welcher die Entstehung der dritten Größe, quarta portio ex ea pecunia relinquenda, vermittelt, also die Division jener Summe, fructus et tertia portio mercedis, durch 4, um die dem Manne verbleibende Quote festzustellen, sich mit Nothwendigkeit von selbst ergibt, sobald man die beiden ersten Größen festgestellt hat und die Besonderheit des zur Entscheidung gestellten Falles

in's Auge faßt, leuchtet wohl jetzt schon ein, es wird aber im folgenden Paragraphe noch besonders erörtert werden.

Wir haben hier nur noch Einen Punkt kurz zu berühren, welcher das Verhältniß der Entstehung der zweiten Größe zu derjenigen der dritten betrifft, nämlich, daß wir zur Erklärung der tertia portio mercedis die Zeit vom 1. October bis letzten Januar als 4 Monate oder ein Drittel Jahr berechnen, anderentheils wir zur Erklärung der quarta portio ex ea pecunia relinquenda, die ja dadurch entstehen soll, daß 12 Monate plus 4 Monate durch 4 dividirt werden, zwar jene 4 Monate, welche zu 12 Monaten addirt werden, wieder als dieselbe Zeit vom 1. October bis zum letzten Januar auffassen, die zuletzt gedachte Zahl 4 aber als die Zahl der Monate qualificiren, welche die Ehe im Ganzen gedauert hat, wir also dort die Zeit vom 1. October bis letzten Januar, hier die vom letzten September bis letzten Januar laufende Zeit als 4 Monate oder $^1/_3$ Jahr bezeichnen.

Diese kleine Ungenauigkeit erklärt sich aber vollständig durch das, was wir schon oben über die freie Stellung des Richters bei dem judicium, worin jene Theilung zu bewerkstelligen war, gesagt haben. Danach konnte er sicherlich eine solch' geringe Differenz von Einem Tage zur Vereinfachung der Rechnung außer Acht lassen, und wird dieß um so mehr in die Augen springen, wenn man bedenkt, daß ja in der That auch jener kürzere Zeitraum ein volles Drittel-Jahr, den dritten Theil der Tage, welche ein Jahr ausmachen, enthielt, die tertia portio mercedis also jedenfalls gerechtfertigt ist, und in welche weitläufige complicirte Rechnung man sich hätte einlassen müssen, wenn man den um Einen Tag längeren Zeitraum nicht wieder als $^1/_3$ Jahr hätte ansehen wollen.

§. 8.

Nach dieser Erörterung der Schlußworte des §. 1, wie sie nach unserem Vorschlage zu lesen sind, in ihren einzelnen Theilen, gelangen wir jetzt zu der Betrachtung und Beurtheilung der nach Anleitung jener Worte anzustellenden Berechnung im Ganzen, oder, was dasselbe ist, zu der Frage, auf welche Gründe diese Berechnung und Entscheidung basirt ist, und welche Anwendung wir daher von derselben auf ähnliche Fälle machen können; ob also jedesmal, wenn die Ehe oder das letzte Ehejahr [18]) so fällt, daß zwei unvollständige Frucht-

[18]) Wir haben hier zunächst immer den Fall vor Augen, daß die ganze Zeit der Ehe nicht mehr als zwei Fruchtjahre berührt, welcher Fall ja auch in un-

perioden dadurch berührt werden, die eigenthümliche Durchschnittsberechnung Ulpian's Platz greifen muß. Der allgemeine Ausdruck dieser Durchschnittsberechnung würde etwa folgender sein:

Wenn das einzige oder letzte Ehejahr zwei Fruchtperioden umfaßt, so muß zunächst festgestellt werden, wie lange die Ehe im letzten Fruchtjahre gedauert hat. Für diese Zeit wird nun dem Manne die entsprechende Quote aus den Früchten des letzten Jahres ausgeschieden. Man addirt diese Quote oder deren Werth zu den Früchten, die der Mann im vorhergehenden Fruchtjahre gezogen hat, oder deren Werth. Hat nun die Ehe das ganze vorhergehende Fruchtjahr hindurch gedauert, so behält der Mann diese ganze Summe. Entgegengesetzten Falles aber untersucht man, wie hoch sich die Zeit beläuft, für welche der Mann in den Früchten des vorhergehenden Jahres und der ihm ausgeschiedenen Quote von den Früchten des letzten Jahres den Ertrag in Händen hat, und dividirt die Zeit durch eine Zahl, welche der Dauer der Ehe im letzten und vorletzten Fruchtjahre entspricht. Auf diese Weise findet man diejenige Zahl, durch welche jene in den Händen des Mannes befindliche Summe (ex ea pecunia) getheilt werden muß, um die dem Manne verbleibende Quote zu finden.

Das also, worin diese Berechnung mit der gewöhnlichen, nach Jahren gesonderten übereinstimmt, und somit das Reguläre derselben, besteht darin, daß dem Manne für keine längere Zeit, als diejenige, welche die Ehe gedauert hat, die Quote berechnet wird; das Unterscheidende gegen jene, und somit das Irreguläre, aber darin, daß die Erträge beider Jahre zusammengeworfen werden, beide Jahre, nämlich das erste vollständig, und das zweite, so weit die Ehe darin gedauert hat, in Bezug auf ihre Erträge als Ein einziges Jahr behandelt werden, woraus sich dann das ganze eben dargestellte weitere Verfahren zur Berechnung der Quote als nothwendige Consequenzen von selbst ergeben. Denn nun muß untersucht werden, den wievielten Theil von jenem fingirten Einen Jahre die Ehe ausgefüllt hat, und diese selbe Quote muß dann dem Manne von jener Gesammtsumme als sein Theil ausgeschieden werden.

Nachdem wir uns so im Allgemeinen mit dem Wesen der Ulpian'schen Berechnung verständigt haben, gehen wir dazu über, die oben aufgeworfene Frage, in wiefern die diese Berechnung enthaltende Entschei-

serer Gesetzesstelle überall erörtert wird. Die Fälle, in welchen sie länger gedauert hat, werden unten einer besonderen Auseinandersetzung unterworfen werden.

dung auf den Rang einer allgemeinen Regel Anspruch machen könne, und also jene auf ähnliche Fälle angewandt werden könne, zu beantworten. Es ist nun aber unzweifelhaft, daß, wenn das einzige oder letzte Ehejahr in Eine Fruchtperiode fällt, pro rata temporis der Ertrag derselben zwischen dem Manne und der Frau getheilt wird. Hätten wir also unsere Stelle nicht, so würden wir consequent nur sagen können, daß, wenn die Ehe in zwei unvollständige Fruchtjahre fällt, der Ertrag eines jeden mit Rücksicht auf die Zeit, welche die Ehe gerade in dem jedesmaligen Jahre gedauert hat, berechnet werden, und beide Quoten verbunden die Summe darstellen, welche dem Manne gebührt. Es fragt sich also: Müssen wir unserem Gesetze, da es uns einmal überliefert ist, eine solche Bedeutung beimessen, daß wir in den oben angeführten Fällen von jener nach Jahren gesonderten Berechnung niemals Anwendung machen dürfen, sondern statt derselben die scheinbar als allgemein giltig hingestellte Durchschnittsberechnung Ulpian's immer haben eintreten zu lassen? Die Antwort hierauf wird sich ergeben, wenn wir die Resultate der Durchschnittsberechnung mit denjenigen vergleichen, welche sich bei Anwendung der nach Jahren gesonderten Berechnung ergeben, und beide Resultate mit höheren leitenden Grundsätzen in Beziehung setzen. Man könnte zu einer Durchschnittsberechnung im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf die eigenthümliche Ulpian's, allein durch die Erwägung bestimmt werden, daß durch eine solche bei einer möglicher Weise bedeutenden Verschiedenheit der Fruchtbarkeit der beiden aufeinanderfolgenden Jahre beide ehemalige Gatten in gleicher Weise vor einer Uebervortheilung geschützt würden, indem die Zeit des mageren Jahres nur zur Hälfte aus dem Ertrage dieses, zur Hälfte aus dem Ertrage des fruchtbaren Jahres berechnet werde und umgekehrt, und daß ein derartiger Schutz dem Institute der dos ganz besonders entspreche. Es ist nun aber gerade das Eigenthümliche der Ulpian'schen Berechnung, daß, wenn gleich in ihr ein Durchschnitt gemacht wird, jene allseitige Berücksichtigung der aequitas bei ihr nicht hervortritt. Ferner aber ist es sogar eben so gut möglich, daß auch die beste Durchschnittsberechnung, und so auch die Ulpian'sche, ein unbilliges Resultat herbeiführt. Um beide Berechnungen, die Ulpian'sche und die nach Jahren gesonderte, zu veranschaulichen, lassen wir hier zwei Reihen von Beispielen folgen. Darin bedeutet f = fructus den Ertrag des ersten, m = merces den des zweiten Fruchtjahrs; Col. I gibt die Dauer der Ehe im ersten, II dieselbe im zweiten Fruchtjahre an, III die Durchschnittsberechnung Ulpian's, IV die nach dem allgemeinen Principe eintretende gesonderte Berechnung.

Erſtes Beiſpiel.

I. II.		III.	IV.
Monate			
2	1	$\frac{f+\frac{1}{12}m}{\frac{12+1}{2+1}} = \frac{3}{13}f+\frac{3}{156}m = \frac{3}{13}f+\frac{1}{52}m$	$\frac{2}{12}f+\frac{1}{12}m$
2	2	$\frac{f+\frac{2}{12}m}{\frac{12+2}{2+2}} = \frac{f+\frac{1}{6}m}{\frac{7}{2}} = \frac{2}{7}f+\frac{2}{42}m = \frac{2}{7}f+\frac{1}{21}m$	$\frac{2}{12}f+\frac{2}{12}m$
2	3	$\frac{f+\frac{3}{12}m}{\frac{12+3}{2+3}} = \frac{f+\frac{1}{4}m}{3} = \frac{1}{3}f+\frac{1}{12}m$	$\frac{2}{12}f+\frac{3}{12}m$
2	4	$\frac{f+\frac{4}{12}m}{\frac{12+4}{2+4}} = \frac{f+\frac{1}{3}m}{\frac{8}{3}} = \frac{3}{8}f+\frac{3}{24}m = \frac{3}{8}f+\frac{1}{8}m$	$\frac{2}{12}f+\frac{4}{12}m$
2	5	$\frac{f+\frac{5}{12}m}{\frac{12+5}{2+5}} = \frac{7}{17}f+\frac{35}{204}m = \frac{7}{17}f+\frac{35}{204}m$	$\frac{2}{12}f+\frac{5}{12}m$
2	6	$\frac{f+\frac{6}{12}m}{\frac{12+6}{2+6}} = \frac{f+\frac{1}{2}m}{\frac{9}{4}} = \frac{4}{9}f+\frac{4}{18}m = \frac{4}{9}f+\frac{2}{9}m$	$\frac{2}{12}f+\frac{6}{12}m$
2	7	$\frac{f+\frac{7}{12}m}{\frac{12+7}{2+7}} = \frac{9}{19}f+\frac{63}{228}m = \frac{9}{19}f+\frac{21}{76}m$	$\frac{2}{12}f+\frac{7}{12}m$
2	8	$\frac{f+\frac{8}{12}m}{\frac{12+8}{2+8}} = \frac{f+\frac{2}{3}m}{2} = \frac{1}{2}f+\frac{1}{3}m$	$\frac{2}{12}f+\frac{8}{12}m$
2	9	$\frac{f+\frac{9}{12}m}{\frac{12+9}{2+9}} = \frac{f+\frac{3}{4}m}{\frac{21}{11}} = \frac{11}{21}f+\frac{99}{252}m = \frac{11}{21}f+\frac{11}{28}m$	$\frac{2}{12}f+\frac{9}{12}m$
2	10	$\frac{f+\frac{10}{12}m}{\frac{12+10}{2+10}} = \frac{f+\frac{5}{6}m}{\frac{11}{6}} = \frac{6}{11}f+\frac{30}{66}m = \frac{6}{11}f+\frac{5}{11}m$	$\frac{2}{12}f+\frac{10}{12}m$

Zweites Beispiel.

I. II.		III.	IV.
Monate			
1	$10\,f + \frac{10}{12}\,m$	$f + \frac{5}{6}\,m = \frac{1}{2}\,f + \frac{5}{12}\,m$	$\frac{1}{12}\,f + \frac{10}{12}\,m$
	$\frac{12+10}{1+10}$	$2 \qquad = \frac{11}{22}\,f + \frac{5}{12}\,m$	
2	$9\,f + \frac{9}{12}\,m$	$f + \frac{3}{4}\,m = \frac{11}{21}\,f + \frac{33}{84}\,m = \frac{11}{21}\,f + \frac{11}{28}\,m$	$\frac{2}{12}\,f + \frac{9}{12}\,m$
	$\frac{12+9}{2+9}$	$21 \quad 11$	
3	$8\,f + \frac{8}{12}\,m = \frac{11}{20}\,f + \frac{22}{60}\,m = \frac{11}{20}\,f + \frac{11}{30}\,m$		$\frac{3}{12}\,f + \frac{8}{12}\,m$
	$\frac{12+8}{3+8}$		
4	$7\,f + \frac{7}{12}\,m = \frac{11}{19}\,f + \frac{77}{228}\,m = \frac{11}{19}\,f + \frac{77}{228}\,m$		$\frac{4}{12}\,f + \frac{7}{12}\,m$
	$\frac{12+7}{4+7}$		
5	$6\,f + \frac{6}{12}\,m = f + \frac{1}{2}\,m = \frac{11}{18}\,f + \frac{11}{36}\,m$		$\frac{5}{12}\,f + \frac{6}{12}\,m$
	$\frac{12+6}{5+6}$	$18 \quad 11$	
6	$5\,f + \frac{5}{12}\,m = \frac{11}{17}\,f + \frac{55}{204}\,m = \frac{11}{17}\,f + \frac{55}{204}\,m$		$\frac{6}{12}\,f + \frac{5}{12}\,m$
	$\frac{12+5}{6+5}$		
7	$4\,f + \frac{4}{12}\,m = f + \frac{1}{3}\,m = \frac{11}{16}\,f + \frac{11}{48}\,m$		$\frac{7}{12}\,f + \frac{4}{12}\,m$
	$\frac{12+4}{7+4}$	$16 \quad 11$	
8	$3\,f + \frac{3}{12}\,m = f + \frac{1}{4}\,m = \frac{11}{15}\,f + \frac{11}{60}\,m$		$\frac{8}{12}\,f + \frac{3}{12}\,m$
	$\frac{12+3}{8+3}$	$15 \quad 11$	
9	$2\,f + \frac{2}{12}\,m = f + \frac{1}{6}\,m = \frac{11}{14}\,f + \frac{11}{84}\,m$		$\frac{9}{12}\,f + \frac{2}{12}\,m$
	$\frac{12+2}{9+2}$	$14 \quad 11\,m$	
10	$1\,f + \frac{1}{12}\,m = \frac{11}{13}\,f + \frac{11}{156}\,m = \frac{11}{13}\,f + \frac{11}{156}\,m$		$\frac{10}{12}\,f + \frac{1}{12}\,m$
	$\frac{12+1}{10+1}$		

Aus der ersten Reihe von Beispielen ist ersichtlich, daß, obgleich die Dauer der Ehe im ersten Fruchtjahre in allen Fällen dieselbe bleibt, nämlich 2 Monate, der dem Manne von dem Ertrage desselben auszuwerfende Theil doch in demselben Maße wächst, je länger die Ehe im zweiten Fruchtjahre gedauert hat, nämlich von $^3/_{13}$ f, durch $^2/_7$, $^1/_3$, $^3/_8$, $^7/_{17}$, $^4/_9$, $^9/_{19}$, $^1/_2$, $^{11}/_{21}$ bis auf $^6/_{11}$ f.

In der zweiten Reihe ist in allen Fällen für die ganze Dauer der Ehe dieselbe Zeit, von 11 Monaten, angenommen. Sie vertheilen sich aber immer verschieden auf die beiden Fruchtjahre. Vergleichen wir nun die Portion aus dem ersten Fruchtjahre (f.), die jedesmal, nach der Ulpian'schen Berechnung, mit derjenigen (f.), welche jedesmal nach der gesonderten Berechnung dem Manne auszuscheiden ist ($^1/_2$ f ÷ $^1/_{12}$ f, $^{11}/_{21}$ ÷ $^2/_{12}$, $^{11}/_{20}$ ÷ $^3/_{12}$, $^{11}/_{19}$ ÷ $^4/_{12}$, $^{11}/_{18}$ ÷ $^5/_{12}$, $^{11}/_{17}$ ÷ $^6/_{12}$, $^{11}/_{16}$ ÷ $^{11}/_{12}$, $^{11}/_{15}$ ÷ $^8/_{12}$, $^{11}/_{14}$ ÷ $^9/_{12}$, $^{11}/_{13}$ ÷ $^{10}/_{12}$), so sehen wir, daß die anfängliche Differenz von $^1/_2$ f — $^1/_{12}$ f = $^5/_{12}$ f sich allmälig bis auf $^{11}/_{13}$ f — $^{10}/_{12}$ f = $^1/_{78}$ f verringert, also im Vergleiche zur gesonderten Berechnung die Proportion der Zunahme der Portion aus dem ersten Fruchtjahre immer mehr wächst, je mehr die Zeit, welche die Ehe in ihm gedauert hat, abnimmt. Vergleichen wir andererseits die jedesmaligen Portionen aus dem zweiten Fruchtjahre (m.) nach der einen und nach der anderen Berechnung ($^{10}/_{12}$ m — $^5/_{12}$ m, $^9/_{12}$ — $^{11}/_{28}$, $^8/_{12}$ — $^{11}/_{30}$, $^7/_{12}$ — $^{77}/_{228}$, $^6/_{12}$ — $^{11}/_{36}$, $^5/_{12}$ — $^{55}/_{204}$, $^4/_{12}$ — $^{11}/_{48}$, $^3/_{12}$ — $^{11}/_{60}$, $^2/_{12}$ — $^{11}/_{84}$, $^1/_{12}$ — $^{11}/_{156}$), so sehen wir die ursprüngliche Differenz von $^{10}/_{12}$ — $^5/_{12}$ m = $^5/_{12}$ m sich endlich vermindern bis auf $^1/_{12}$ — $^{11}/_{156}$ = $^2/_{156}$ = $^1/_{78}$ m, also die Differenz in demselben Verhältnisse abnehmen, wie die Zeit der Ehe in diesem zweiten Jahre abnimmt und mehr in das erste Jahr rückt. Wenn diese Differenz aber auch immer mehr abnimmt, so erreicht die aus dem zweiten Jahre zunehmende Portion (m.) doch niemals diejenige Größe, welche nach der gesonderten Berechnung dem Manne auszuwerfen wäre, um so weniger überschreitet sie dieselbe je, und zwar ist dieses eine nothwendige Folge daraus, daß die Quote, welche nach der gesonderten Berechnung dem Manne gebührt, berechnet vom Anfange des zweiten Fruchtjahres, immer durch eine Zahl dividirt wird, welche größer ist als Eins (denn 12 + X, dividirt durch X + plus irgend einer Zahl zwischen 1—12 ist immer größer als Eins).

Hieraus ist nun klar, daß der Durchschnittsberechnung Ulpian's nur unter der Bedingung das Lob einer größeren Billigkeit zuzuerkennen ist, wenn das erste Fruchtjahr fruchtbarer ist als das zweite.

Dann aber liegt die größere Billigkeit eben darin, daß, wie wir an den Beispielen gezeigt haben, je länger die Ehe im zweiten weniger fruchtbaren Fruchtjahre gedauert hat, je größer also auch hierdurch die Gefahr für den Mann wird, eine dem wahren Werthe des Grundstücks und seinen Erwartungen nicht entsprechende Summe aus dem Ertrage des zweiten Jahres zu bekommen, in demselben Verhältnisse der Theil, der ihm aus dem Ertrage dieses zweiten Jahres ausgeschieden wird, um so kleiner, und dafür der ihm aus dem Ertrage des ersten Jahres auszuscheidende um so größer wird, um so mehr also, dem Resultate der Rechnung nach, ein Theil der im zweiten Jahre verflossenen Zeit in das erste Jahr gleichsam gerückt wird.

Wollte man nun aber diese Durchschnittsberechnung auch unter der entgegengesetzten Voraussetzung, daß das zweite Jahr fruchtbarer als das erste ist, anwenden, so würde ein der Billigkeit sehr widersprechendes Resultat entstehen. Ja es könnte durch Anwendung dieser Durchschnittsberechnung (und das gilt auch von jeder anderen Durchschnittsberechnung) dahin kommen, daß der Mann für eine geringere Dauer der Ehe mehr bekäme, als für die größere. Man nehme z. B. an, daß das erste Fruchtjahr eine Erndte von 20, das zweite eine Erndte von 40 oder einen Pachtzins von 40 gewährt. Hat die Ehe nun lediglich in dem letzteren Jahre 6 Monate gedauert, so gebührt dem Manne $^{40}/_{2} = 20$. Hat sie hingegen außer diesen 6 Monaten noch im ersten Fruchtjahre 2 Monate bestanden, so bekommt der Mann nach der Durchschnittsberechnung Ulpian's

$$\frac{20 + {}^{40}/_{2}}{\frac{12+6}{2+6}} = \frac{20 + 20}{\frac{9}{4}} = \frac{40}{\frac{9}{4}} = 17^{7}/_{9}.$$

Obgleich der Mann also für 2 Monate mehr Anspruch hat als im ersten Falle, so bekommt er dennoch nicht einmal so viel wie in diesem, sondern $2^{2}/_{9}$ weniger.

Dieser Umstand also, daß die Ulpian'sche Berechnung, wenngleich sie in gewissen Fällen der Billigkeit mehr zu entsprechen scheint, als die gesonderte Berechnung, doch eben so gut zu einem höchst unbilligen Resultate führen kann, muß in uns Zweifel erregen, ob die Regeln, die Ulpian an unserer Stelle in Anwendung bringt, auf allgemeine Geltung Anspruch machen können. Wir werden dadurch zugleich darauf hingewiesen, zu untersuchen, ob nicht etwa lediglich durch die eigenthümliche Gestaltung des Falles Ulpian zu jener Rechnung

vermocht worden ist, und daher diese als eine nur ausnahmsweise eintretende anzusehen ist.

Wir glauben nun den Hauptgrund der von Ulpian angewendeten eigenthümlichen Durchschnittsberechnung in die Natur der Klage setzen zu müssen, welche anzustellen war, um den Richter zur Anstellung jener Berechnung zu veranlassen. Diejenige Klage, woran Ulpian dachte, war die actio rei uxoriae. Diese war nun aber nicht nur eine actio bonae fidei, sondern sie gehörte auch zu denjenigen besonders hervorgehobenen actiones bonae fidei, welche unter dem Namen der actiones **in bonum et aequum conceptae** zusammengefaßt werden, und zwar nahm sie unter diesen wieder den hervorragendsten Platz ein. Wie der allgemeine Namen, und insbesondere die in der Formel der actio rei uxoriae vorkommende Clausel quod aequius melius schon andeutet, lag das Auszeichnende aller dieser Klagen in der unbeschränkten Freiheit des richterlichen Arbitriums, die Forderungen der aequitas zu berücksichtigen. Als daher Ulpian seine Entscheidung gab, hatte er unbedingt diesen Character der Klage vor Augen, wie denn auch eine offenbare Hinweisung auf eine actio in bonum et aequum concepta in den Worten unseres Gesetzes „quartam partem mercedis **aequum** est" enthalten ist. Wir sind daher vollkommen berechtiget, der in dieser Entscheidung Ulpian's enthaltenen Durchschnittsberechnung die allgemeine Anwendbarkeit durchaus abzusprechen und sie als eine nur ausnahmsweise statt der gesonderten Berechnung eintretende anzusehen, wenn wir nachzuweisen vermögen, daß unter den in unserem Beispiele gegebenen Voraussetzungen die Anwendung der gesonderten Berechnung gegen die bei einer actio in bonum et aequum concepta in besonders hohem Grade berücksichtigte aequitas verstoßen hätte, die Durchschnittsberechnung nur der Ausweg war, um eine iniquitas zu vermeiden.

Sehen wir also, wie unser Fall hätte entschieden werden müssen, wenn einfach das der sonstigen Regel entsprechende, nach Jahren gesonderte Verfahren in Anwendung gebracht worden wäre. Die Ehe hatte in dem einen Jahre Einen Tag, in dem anderen 123 Tage gedauert. Folglich gebührte dem Manne aus dem ersten Jahre $^1/_{365}$ des Ertrages der Weinlese, und aus dem zweiten Jahre $^{123}/_{365}$ von der merces, also ungefähr $^1/_3$ mercedis. Nehmen wir nun den regelmäßigen Fall an, der bei der fingirten Natur des Beispiels auch Ulpian nothwendig vorgeschwebt haben muß, daß der von dem Manne gezogene Ertrag viel höher sich beläuft, als der Pachtzins,

für welchen der Weinberg auf das folgende Jahr verpachtet ist, so muß jene gesonderte Berechnung allerdings sehr unbillig erscheinen. Denn, nachdem der Mann die Früchte an dem ersten Tage der Ehe geerntet, hat er allen Grund, sich als Eigenthümer derselben anzusehen und dieselben zu consumiren. Nachdem er so bis zu der 4 Monate später eintretenden Scheidung den entsprechenden Theil jener geernteten Früchte sicherlich consumirt, und zwar zum Besten der Ehe verwendet hat, da soll er sie jetzt bis auf den $^1/_{365}$sten Theil, das heißt aber doch wohl, so gut wie vollständig herausgeben, und den Theil, auf welchen er für die Zeit der Ehe Anspruch hat, lediglich aus dem bei weitem unbedeutenderen Pachtgelde erhalten. Wie nah' hier eine Uebervortheilung des Mannes liegt, ist ganz augenscheinlich. Denn, wenn er während der 4 Monate der Ehe die am ersten Tage geernteten Früchte zu einem Drittheil bis zum Schlusse der Ehe consumirt hat, was im gewöhnlichen Leben gewiß als das Regelmäßige anzusehen ist und durchaus dem Verfahren eines diligens paterfamilias entspricht, und er soll jetzt nicht von diesen Früchten, sondern von dem viel geringeren Pachtzinse $^1/_3$ bekommen, so muß er die ganze Differenz zwischen $^1/_3$ der Früchte und $^1/_3$ der merces der Frau ex propriis ersetzen, welche Unbilligkeit um so schreiender ist, wenn man bedenkt, daß jene Consumtion eben so gut der Frau als dem Manne zu Gute gekommen ist.

Zur Vermeidung dieser Unbilligkeit machte sich nun in sehr wohlthätiger Weise das unbeschränkte arbitrium judicis bei derjenigen Klage, mit welcher die Frau die dos und jene Differenz zwischen der Quote der Früchte und der der merces fordern mußte, geltend. Welcher Weg konnte aber eingeschlagen werden, um dem Manne zu helfen? Wollte der Richter bei der gesonderten Berechnung stehen bleiben, und im Widerspruche mit dem einfachen Grundsatze über die Vertheilung der Früchte aus jedem Jahre dem Manne nach Gutdünken schlechthin eine größere Quote von den Früchten des ersten Jahres zusprechen, als ihm nach jenem Principe gebührte, dieß Verfahren hätte denn doch auch das allerfreieste arbitrium judicis, selbst bei einer actio in bonum et aequum concepta, überschritten, und wäre in reine Willkür ausgeartet. Es blieb also nichts Anderes übrig, als jene gesonderte Berechnung aufzugeben und eine Durchschnittsrechnung anzustellen. Dieser Weg konnte nämlich eingeschlagen werden, ohne daß jenes Grundprincip, Vertheilung der Früchte pro rata temporis, verletzt wurde.

Der Judex konnte nämlich folgendermaßen raisonniren: „Wenn man die Sache strenge nimmt, so fällt die Zeit der Ehe allerdings in

zwei verschiedene Fruchtjahre. Indessen, da die Zeit im ersten Fruchtjahre so außerordentlich kurz ist, der Anfangspunkt der Ehe mit dem Schlußpunkte des ersten Fruchtjahres in Einem und demselben Tage zusammenfällt, so läßt es sich vor der natürlichen Anschauung wohl rechtfertigen, wenn man annimmt, die Ehe falle nicht in zwei Fruchtjahre, sondern nur in ein einziges, nämlich in dasjenige, in welchem sie auch aufgelöst worden ist. In diesem unvollständigen Fruchtjahre hat nun der Mann zuerst wieder Anspruch auf den Ertrag dieses Jahres, das heißt, da der fundus verpachtet ist, auf die merces, für denjenigen Theil des Jahres, welchen die Ehe hindurch gedauert hat, also tertia portio mercedis. In diesem Jahre hat er aber außerdem die sämmtlichen Früchte des vorhergegangenen Jahres gezogen in Folge des für ihn glücklichen Umstandes, daß gerade am Schlusse des vorhergehenden Fruchtjahres die Ehe begonnen hat. Soll nun von diesen fructus der Mann auch wieder $^1/_3$ bekommen, wie von der merces? Sollen wir also in dieser Beziehung schlechthin annehmen, daß die Ehe nur in Ein Fruchtjahr falle, demnach Alles, was darin an Früchten eingekommen ist, summiren und ohne Rücksicht darauf, für welche Zeit dieß die Einkünfte sind, lediglich nach Maßgabe der Zeit, welche die Ehe im zweiten Jahre gedauert hat, unter die ehemaligen Eheleute vertheilen, gerade als wenn sie vollständig die Früchte dieses Jahres wären?

Bei diesem Verfahren würde denn doch der Mann einen zu ungebührlichen Vortheil haben. Statt daß er nur Anspruch auf die Einkünfte von 4 Monaten hat, bekäme er dann die Einkünfte von 8 Monaten. Diese Verbesserung der nach Jahren gesonderten Berechnung wäre denn doch wohl kaum eine Verbesserung zu nennen. Wenn bei jener das Interesse des Mannes verletzt wurde, so würde bei dieser das Interesse der Frau mindestens eben so stark leiden. Zur Vermeidung einer iniquitas wäre man in eine andere vielleicht noch ärgere verfallen. Um also gegen beide Theile gerecht und billig zu sein, und namentlich um gerade die eben gedachte iniquitas gegen die Frau zu vermeiden, daß der Mann nicht für eine längere Zeit, als die Ehe wirklich gedauert hat, eine Quote von den Früchten erhält, wollen wir einfach untersuchen, für wie viel Zeit denn der Mann die Früchte in Händen hat, nachdem er zu den fructus des ersten Jahres die tertia portio mercedis erhalten hat (1 Jahr + $^1/_3$ Jahr, 12 Monate + 4 Monate = 16 Monate), dann sehen wir, wie oft in dieser so gefundenen Zeit die Zeit der Ehe enthalten ist $\left(\frac{16}{4}, \frac{4/3}{1/3} = 4\right)$. Damit haben wir dann zugleich

die Quote gefunden, welche dem Manne von jenem ganzen Ertrage (ex ea pecunia) zukommt. Denn so oft die Zeit der Ehe in jener dem Ertrage entsprechenden Zeit enthalten ist, so vielmal länger hätte die Ehe dauern müssen, wenn der Mann das Ganze behalten sollte. Zu einem so großen Theile hat gleichsam die Ehe in jenem fingirten Jahre, welches der ganzen Summe der Einkünfte entspricht, gedauert, und nur zu diesem Theile hat daher auch der Mann Ansprüche auf jene Einkünfte. Die Differenz beider Zeiten gibt die Quote an, welche dem Manne nicht gebührt, und die derselbe also an die Frau herausgeben muß. — Diese Anschauung unserer Berechnung nun, die nahe Verwandtschaft derselben mit der regelmäßigen, enthält zugleich die Erklärung, warum zur Auffindung der Durchschnittssumme nicht die ganze merces, sondern nur die tertia portio mercedis mit in Rechnung gezogen wird.

Der ganze Grund also, wodurch die Durchschnittsberechnung herbeigeführt worden ist, beruht in der eigenthümlichen Zusammensetzung des Falles, und zwar bestimmter, in der kurzen, nur Einen Tag betragenden Zeit, welche die Ehe im ersten Jahre gedauert hat. Wäre der Fall nicht so sonderbar gewählt, daß die Entscheidung nach der gesonderten Berechnung der aequitas so sehr widerstritte, so würde die gesonderte Berechnung eben so wenig in ihm, d. h. wenn die Ehe in zwei Fruchtjahre fällt, ohne eines ganz auszufüllen, als wenn sie nur in Ein Fruchtjahr fällt, Statt haben [17]).

Wir sind also, wenn wir den Gang unserer Darstellung kurz wiederholen wollen, zu dem Resultate gelangt, daß nach richtiger Auffassung der Papinian'schen Regel (§. 2) und der einzelnen Data des Ulpian'schen Beispiels (§§. 3, 4, 5), wir durch den Zusammenhang der ganzen Stelle, namentlich durch Rücksicht auf die von Ulpian als falsch bezeichnete Entscheidung (§. 6) zu einer Aenderung der uns handschriftlich überlieferten Lesart uns genöthigt sehen (§§. 7, 8); die in der vorgeschlagenen Lesart enthaltene Entscheidung aber nicht als allgemeine Norm anzusehen, vielmehr in allen Fällen, mag der Anfang und das Ende der Ehe in Ein und dasselbe oder in zwei verschiedene Fruchtjahre fallen, immer eine nach Jahren gesonderte Berechnung vorzunehmen, und eine Durchschnittsbe-

[17]) Nach dieser Auseinandersetzung wird auch das, was wir oben über die kleinen Ungenauigkeiten bei allen Zahlen unserer Stelle gesagt, man mag sie lesen wie man will, in das richtige Licht gesetzt.

rechnung nur ausnahsweise unter ganz eigenthümlichen Voraussetzungen zuzulassen ist. Welchen Voraussetzungen aber ein derartiger Einfluß zugeschrieben werden darf, das hängt ganz von dem arbitrium judicis ab [18]). Als leitender Gesichtspunkt muß dabei immer die Frage aufgestellt werden, ob die Anstellung der gesonderten Berechnung nicht die aequitas verletzen werde.

Es werden sich daher mit einiger Bestimmtheit folgende Grenzen für das arbitrium aufstellen lassen können:

1. Daß im Interesse der Frau die Durchschnittsberechnung stattfinde, ist unmöglich, weil sie niemals die Früchte, die sie zum Theile an den Mann herauszugeben hat, schon während der Ehe consumirt haben kann.

2. Im Interesse des Mannes kann sie nur unter der Voraussetzung stattfinden, daß das erste Fruchtjahr fruchtbarer ist als das zweite, denn im entgegengesetzten Falle ist keine Uebervortheilung möglich.

3. In diesen Grenzen nun sind einzelne wenige Fälle herauszuheben, auf welche sich die Anwendbarkeit der Ulpian'schen Berechnung beschränkt. Sie characterisiren sich nach Maßgabe unseres Gesetzes alle dadurch, daß die Zeit, welche die Ehe im ersten Jahre gedauert hat, verglichen mit der Dauer der Ehe im zweiten Jahre, höchst unbedeutend ist, jene Zeit gegen diese so sehr verschwindet, daß Fiction, die Ehe falle in der That nur in ein einziges Fruchtjahr, nicht unnatürlich erscheint, mithin, wenn man die Früchte der einzelnen Jahre strenge sonderte, ein der Billigkeit widerstreitendes Resultat sich ergäbe. Bestimmte Merkmale lassen sich hier nicht angeben. Der Richter hat vielmehr alle Umstände, die aus jenen Gesichtspunkten relevant erscheinen, zu prüfen und danach über die Anwendbarkeit der einen oder anderen Rechnung zu entscheiden. Es möchte aber wohl kaum ein Fall gedacht werden können, in welchem die Durchschnittsrechnung statthaft erschiene, wenn die Ehe im ersten Jahre über Einen Monat gedauert hat.

4. Endlich fragt es sich, wie weit die Durchschnittsberechnung statthaben könne, wenn die Ehe länger als Ein Jahr gedauert hat. In diesen Fällen kommt es darauf an, wie der Anfangspunkt der Ehe fällt. Entweder fällt er so, daß, wenn gleich die Ehe über Ein

[18]) Die Verschmelzung der actio rei uxoriae mit der ex stipulatu durch Justinian hat in dieser Beziehung keine Veränderung hervorgebracht.

Jahr gedauert, doch nur zwei Fruchtjahre von derselben berührt werden, oder so, daß mehr als zwei in die Ehe fallen.

In den Fällen der zweiten Classe fragt es sich zunächst, welche beide Jahre es sind, deren Einkünfte zwischen den bisherigen Gatten getheilt werden müssen. Man ist natürlich darin einverstanden, daß das letzte Jahr, dessen Einkünfte der Mann noch nicht gezogen hat, sondern die Frau erst nach der Scheidung ziehen wird, dahin gehört. Dieses ist also dasjenige Jahr, von welchem die Frau an den Mann eine Quote herauszugeben hat. Welches Jahr nun aber dasjenige ist, von dessen Ertrage der Mann mehr in Händen hat als ihm gebührt, und er also eine Quote an die Frau herausgeben muß, darüber scheint keine Uebereinstimmung zu herrschen. Während die Meisten sich nicht genauer darüber erklären, bezeichnet z. B. Sintenis (praktisches Civilrecht III. §. 135, S. 52) als das außer dem letzten noch in Betracht kommende Jahr das „erste" [d. h. offenbar dann, wenn die Ehe nur zwei Fruchtjahre berührt], oder „beziehungsweise vorletzte" [d. h. doch wohl dann, wenn die Ehe in mehr als zwei Fruchtjahre fällt]. Es muß aber diese Ansicht, daß das vorletzte Jahr neben dem letzten in Rechnung gezogen werden müsse, um die Früchte desselben zwischen den bisherigen Gatten zu theilen, als eine durchaus inconsequente bezeichnet werden. Da ja der Mann die Früchte für das ganze tempus, quo curantur, bekommen soll, in dem ganzen vorletzten Fruchtjahre aber die Ehe bestanden hat, so kann niemals von dem vorletzten Jahre die Frau einen Theil bekommen. Man nehme z. B. an, daß die Ehe v. 1. Juli des Jahres 1801 bis zum 1. April des Jahres 1804 bestanden hat, und daß das Fruchtjahr immer vom 1. October bis zum wiederkehrenden 1. October läuft. Die Zeit der Ehe umfaßt dann zwei unvollständige Fruchtjahre, nämlich das erste, in welchem die Ehe nur 3 Monate (vom 1. Juli 1801 bis 1. October 1801), und das letzte, in welchem sie 6 Monate gedauert hat (vom 1. October 1803 bis 1. April 1804); und zwei vollständige, nämlich das zweite (vom 1. October 1801 bis 1. October 1802) und das dritte (vom 1. October 1802 bis 1. October 1803). Nach Sintenis müßte nun außer dem letzten (1. October 1803 bis 1. October 1804) das vorletzte (vom 1. October 1802 bis 1. October 1803) in Rechnung kommen und der Ertrag desselben so getheilt werden, daß die Frau ihre Quote für die Zeit vom 1. October 1802 bis zum 1. Juli 1803, der Mann die seine für die Zeit vom 1. Juli 1803 bis zum 1. October 1803 erhielte. Es liegt aber auf der Hand, daß dieß unstatthaft ist, da die Ehe währen d

des ganzen Jahres (vom 1. October 1802 bis 1. October 1803) bestanden hat, vielmehr der Ertrag dieses ganzen Jahres eben so gut und aus demselben Grunde dem Manne gebührt, wie der des vorhergehenden Jahres (vom 1. October 1801 bis 1. October 1802).

Die richtige Ansicht ist also vielmehr die, daß, mag die Ehe so lange gedauert haben, wie man immerhin annehmen wolle, immer nur die beiden von der Ehe nicht vollständig ausgefüllten Fruchtjahre in Betracht fallen, d. h. außer dem letzten immer das erste. Denn von diesem ersten Jahre hat der Mann durch die am Schlusse desselben percipirte Erndte immer mehr in Händen, als der Zeit entspricht, welche die Ehe in diesem Jahre gedauert hat. In dem eben genannten Beispiele ist es also die im ersten Fruchtjahre (1801) gemachte Erndte, von welcher die der Zeit vom 1. October 1800 bis zum 1. Juli 1801 entsprechende Quote vom Manne an die Frau herauszugeben ist.

Nach dieser Fixirung der beiden Jahre, um welche es sich allein handeln kann, kommen wir wieder auf die Hauptfrage zurück, ob es wohl möglich ist, daß in dieser Classe von Fällen die Ulpian'sche Durchschnittsberechnung stattfindet, also der Ertrag des ersten und letzten Jahres zu einer solchen verbunden werden müsse und dürfe. Gehen wir von dem Principe aus, welches immer über die Statthaftigkeit entscheidet, so müssen wir jene Frage durchaus verneinen. Denn, sobald zwischen derjenigen Erndte, von welcher der Mann eine Quote an die Frau herausgeben muß, und der des letzten Jahres ein vollständiges Fruchtjahr zwischenliegt, kann die gesonderte Berechnung des Ertrages beider Jahre niemals zu einer Unbilligkeit gegen den Mann führen. Allerdings kann auch hier eine bedeutende Differenz zwischen dem Ertrage des ersten und letzten Fruchtjahres bestehen. Die Gefahr aber, diese Differenz am Schlusse der Ehe der Frau ex propriis restituiren zu müssen, fällt hier weg, weil, sobald der Mann nur einigermaßen wie ein bonus paterfamilias zu Werke geht, er am Schlusse des zweiten Fruchtjahres aus einem Vergleiche zwischen dem Ertrage dieses zweiten Jahres und dem des ersten ersehen muß, wie viel er von den Früchten des ersten unvollständigen Fruchtjahres während des zweiten Fruchtjahres bis zur Ernte mehr consumirt hat, als die res dotalis in diesem zweiten Fruchtjahre eingebracht hat, d. h. wie hoch sich das minus zwischen der ersten und zweiten Erndte beläuft, und ihm nichts eiliger zu thun obliegt, als dieses zu viel consumirte minus aus den Früchten des zweiten Jahres zu ersetzen, weßhalb es denn niemals dahin kommen kann, daß er das aus den Früchten des ersten Jahres zu

viel consumirte ex propriis ersetzen muß, sondern höchstens dahin, daß er es ex fructibus rei dotalis eines anderen Jahres ersetzt. Ist nun aber gar das zwischenliegende Jahr oder die zwischenliegenden Jahre eben so fruchtbar oder noch fruchtbarer als das erste, unvollständige, so hat der Mann vor dem Forum der Billigkeit gar keine Entschuldigung, warum er nicht zeitig dafür gesorgt hat, daß der Theil der Früchte aus dem ersten Fruchtjahre, der ihm nicht gebührt, späterhin aus den Früchten der dos selbst, sei es des ersten oder eines anderen Jahres, an die Frau herausgegeben werden kann. Mit Einem Worte: der Billigkeitsgrund, welcher die Ulpian'sche Durchschnittsberechnung bei dem Bestehen der Ehe in nur zwei Fruchtjahren herbeiführen kann, besteht nicht darin, daß das erste und letzte Fruchtjahr der Ehe, sondern darin, daß das erste und das darauf folgende nicht gesondert berechnet werden können, ohne gegen die Billigkeit zu verstoßen. Dieser Grund liegt aber natürlich bei mehr als zwei Fruchtjahren nie vor.

Hat die Ehe nun zwar länger als Ein Jahr gedauert, sie fällt aber doch nur in zwei Fruchtjahre, so kann zwar unsere Durchschnittsberechnung möglicher Weise in Anwendung kommen, aber doch nur in höchst seltenen Fällen. Wir haben schon oben gezeigt, daß dieselbe überhaupt nur dann möglich ist, wenn die Dauer der Ehe im ersten Fruchtjahre eine sehr unbedeutende Zeit ist, und daß der Richter bei der Fixirung dieses relativen Begriffes den Zeitraum Eines Monates wohl nie wird überschreiten dürfen. Damit also in denjenigen Fällen, in welchen die Ehe länger als Ein Jahr gedauert, die Durchschnittsberechnung Platz greifen kann, muß sie höchstens Einen Monat im ersten Fruchtjahre gedauert haben, d. h. den letzten in demselben, und außerdem, da sie nicht drei Fruchtperioden berühren darf, wie wir oben gesehen haben, aber auch wieder mehr als Ein Jahr gedauert haben soll, in dem letzten Monate des folgenden Fruchtjahres geendet haben. Von der ganzen Anwendbarkeit sind also überhaupt nicht nur alle Fälle ausgeschlossen, in denen die Ehe länger als 13 Monate gedauert, sondern unter diesen selbst wieder diejenigen, in welchen der Anfang und das Ende der Ehe nicht in zwei ganz bestimmte, die eben bezeichneten, Monate fallen. Wenn wir z. B. als Anfang und Ende des Fruchtjahres wieder den 1. October annehmen wollen, so beschränkt sich die ganze Anwendbarkeit der Durchschnittsberechnung unter den Fällen, wo die Ehe länger als Ein Jahr gedauert hat, auf diejenigen, wo die Ehe an irgend einem Tage des Monates September angefangen

und an irgend einem Tage des Monates September im folgenden Jahre gebauert hat.

Da nun aber selbst in diesen weitesten Grenzen eine genaue Untersuchung der dargestellten Erfordernisse für die Durchschnittsberechnung jedesmal vorzunehmen ist, so leuchtet ein, in welch' seltenen Fällen einmal davon die Rede sein kann, sie anzuwenden, und daß im Allgemeinen alle Fälle so zu entscheiden sind, als ob die besprochene Stelle in unseren Gesetzen gar nicht existirte[19]).

[19]) Auf diese Weise sind wir im Allgemeinen zu demselben Resultate gelangt, welches Duaren und Bangerow aufgestellt haben. Nur mit dem großen Unterschiede, daß diese dasselbe in den Worten des vorliegenden Gesetzes ausgesprochen finden, wir aber nur nachzuweisen uns bemühten, daß jenes Resultat, welches aus allgemeinen Grundsätzen von selbst fließt, durch die Existenz unseres Gesetzes nicht gefährdet ist.

VI.

Die verschiedenen Arten des canonischen Processes und der Einfluß dieser Verschiedenheit auf die can. Beweistheorie.

Vom Herrn Dr. Karl Groß, Juristenpräfecten im Theresianum und Privatdozenten an der Wiener Universität.

Eine umfassende Darstellung des canonischen Processes wird früher eine Reihe von Punkten ins Klare bringen müssen, bevor zur Entwicklung der processualischen Formen und Elemente selbst geschritten werden kann. Schon der Standpunkt, von welchem hiebei auszugehen sei, wird einer genauen Erwägung und Erörterung bedürfen. Denn der Character und der Umfang der Darstellung wird ein ganz anderer sein, wenn man den canonischen Proceß so darzustellen gedenkt, wie er heutzutage vor den geistlichen Gerichten gepflogen, bei Ausübung der denselben noch heutzutage zustehenden Rechtspflege in Anwendung gebracht wird [1]), — oder wenn man ihn vielmehr mit Rücksicht auf jene Periode (ungef. vom 12. bis in das 16. Jhrh.) behandeln will, in welcher die Kirche die ausgedehnteste Gerichtsbarkeit sowol in eigentlich civilrechtlichen Streitigkeiten, als in Strafsachen wirklich ausübte und in welcher eben der canonische Proceß durch die kirchliche Gesetzgebung und Praxis so eigentlich erst ausgebildet wurde [2]). Einen

[1]) Dieß ist der Standpunkt Molitor's: „Ueber canon. Gerichtsverfahren gegen Cleriker." Mainz 1856.

[2]) Davon scheint das neueste Werk über canon. Proceß: „Das canon. Gerichtsverfahren u. Strafrecht von Dr. Nic. München." Köln u. Neuß 1865. I. Bd. auszugehen.

der wesentlichsten, in gleicher Weise vorerst klarzustellenden Punkte bildet die Sichtung und Feststellung des juristischen Charakters der verschiedenen Arten des canon. Processes. Dieß soll nun in dem Nachfolgenden, jedoch zunächst nur, insoweit diese Verschiedenartigkeit auf die Beweistheorie Einfluß hat, versucht werden. Hiebei dürfte es als das Zweckmäßigste erscheinen, von der Natur der Sache, dem Wesen des Processes selbst auszugehen, die das Verfahren überhaupt leitenden Hauptprincipien und deren Verschiedenheit festzustellen und sodann an den anderweitigen, im gesammten canon. Processe bestimmt hervortretenden Verfahrungsarten zu untersuchen, ob und inwieweit sie mit den so gefundenen verschiedenen Proceßarten zusammenfallen oder als selbstständige, besondere Arten neben dieselben hinzustellen sind. Die nach diesem Vorgange festgestellte Scheidung der verschiedenen Arten des canon. Processes wird sich sodann nicht bloß zur Grundlage für die Darstellung der Beweistheorie eignen, sondern auch die richtigste und umfassende Hauptgrundlage für die Darstellung des gesammten canon. Processes liefern.

Es ist eine sich auf jeden Vorgang beziehende Wahrheit, daß nach Verschiedenheit des Zieles, das man zu erreichen strebt, auch die Art und Weise verschieden ist, wie man vorgeht. Nach dem Zwecke richten sich in allen menschlichen Dingen die Mittel. Jener Vorgang nun, welchen wir im juristischen Sinne Proceß nennen, hat entweder den Zweck

a) die über ein privatrechtliches Verhältniß entstandenen Streitigkeiten zu entscheiden und beizulegen, oder

b) die Verletzungen der öffentlichen Rechtsordnung, die strafbaren Handlungen zu untersuchen und ihrer Würdigung, der Bestrafung zuzuführen. Spricht man vom canon. Processe, so muß man noch ein Drittes, nämlich

c) den Zweck hinzufügen, die über kirchlich spirituelle Angelegenheiten (d. h. solche, welche sich auf die kirchliche Lehre und die kirchlichen Heilsmittel beziehen) entstandenen Streitigkeiten, die allerdings auch privatrechtliche Wirkungen und Folgen haben können, für diese also präjudicirend sind, deßhalb aber noch keinen rein, ja nicht einmal einen hauptsächlich privatrechtlichen Charakter haben, zu entscheiden.

Man scheidet daher den canonischen Proceß in ein Verfahren

a) in Strafsachen (Straf- oder Criminalproceß),

b) in Streitsachen außer Straffällen, und dieses letztere scheidet sich wieder

α) in ein Verfahren in rein privatrechtlichen Streitigkeiten (Civilproceß, wie dasselbe, — wol nach Anleitung der Quellen selbst, aber deßhalb, weil man doch „Civilproceß" nur dem canon. Processe im Ganzen entgegengestellt, unpassend, — die Canonisten bezeichnen) und

β) in Streitigkeiten über spirituelle Sachen (das von den Canonisten dann auch zum Civilprocesse gezält wird).

Auf diese letzte Einteilung könnte man vielleicht entgegnen, daß es ja in allen Fällen, in welchen die kirchliche Gerichtsbarkeit außer Strafsachen einschreitet, immer eine spirituelle Rücksicht ist, in Folge welcher es der Kirche gelang, dieselben unter ihr forum (externum) zu ziehen. Allein, wenn man dieß auch von den causae juramento firmatae, dann teilweise auch von den causae testamentariae, die ohne allen Zweifel der kirchlichen Gerichtsbarkeit unterstanden [3]), gelten lassen wollte, so würde dieß doch auf die causae miserabilium personarum, dann auf die Rechtssachen, in welchen der weltliche Richter die Rechtshilfe verweigerte oder vernachlässigte, auf die causae decimarum, usurarum, dann auf jene Rechtssachen, in welchen es sich zwar um eine der Kirche eigentümliche Institution, z. B. jus patronatus oder um die Rechte und Pflichten eines Kirchenamtes u. dgl., aber deßhalb noch nicht um etwas rein Spirituelles handelte, — keine Anwendung finden. Ueberdieß beweisen eine Menge Stellen des corpus juris canonici, daß für die Art des Verfahrens außer Strafsachen zwischen den res spirituales et annexae und den anderen eine wesentliche Verschiedenheit bestehe. Ich will hier nur auf c. 2. X. de juram. calum. (II. 7.); c. 32. X. de jurejur. (II. 24.) und c. 1. in VI. de juram. cal. (II. 4.) hinweisen.

Daß der Kirche in Strafsachen, soweit es sich um kirchliche Vergehen und Strafen handelt, die Gerichtsbarkeit zusteht, wird Niemand leugnen, der die Existenz der Kirche nicht geradezu vernichten will; daß sie dieselbe von den frühesten Zeiten an wirklich geübt habe, lehrt jedes Blatt der Geschichte. Daß auch in spirituellen Dingen und in Angelegenheiten, welche sich auf die Rechte und Pflichten eines Kirchenamtes beziehen, nur der Kirche die Gerichtsbarkeit zustehen könne, ergibt sich aus der Natur des Gegenstandes und aus dem für den

[3]) Turk: „de jurisdictione per medium aevum etc." (Monast. 1832.) pag. 12 u. 13.
Schilling: „de origine jurisdictionis eccles." (Lips. 1825.) cap. 3.
Bouix: „tractatus de judiciis eccles." (Paris 1855.) I. Bd., sect. III.
Phillips: Lehrbuch. II. Bd. §§. 175—180.

Richter doch vor Allem notwendigen Verständniſſe hiefür von ſelbſt. Dieſe iſt der Kirche in Oeſterreich durch art. 10 des Concordates vom 18. Aug. 1855 auch geſichert worden. Ob der Kirche aber auch in anderen, rein oder doch der Hauptſache nach privatrechtlichen Angelegenheiten eine Gerichtsbarkeit zuſtehe, das kommt hier, wo die hiſtoriſch wirklich ausgebildeten Arten des canon. Proceſſes zu betrachten ſind, nicht zu unterſuchen[4]). Man mag es allerdings mit Turk und Schilling als „usurpatio“ bezeichnen, wodurch die Kirche in den Beſitz dieſer Gerichtsbarkeit gelangt war, und von „praetextus“ ſprechen, „quibus fieri posset, ut jurisdictio ecclesiastica civilem fere omnino in se reciperet“ (Turk l. c. pag. 18.): — das Factum, daß die Kirche auch in den causae civiles bis in das 16. und 17. Jahrhundert hinein eine ſehr ausgedehnte Gerichtsbarkeit wirklich, und in den damaligen Zeiten gewiß nicht zum Schaden der Menſchheit, geübt habe, ſteht einmal feſt und nur auf dieſes factum kommt es bei der weiteren Darſtellung hier an.

Frägt man nun nach den Principien und charakteriſtiſchen Merkmalen dieſer aus der Verſchiedenheit des Zweckes des Verfahrens ſich ergebenden verſchiedenen Arten des canon. Proceſſes, — ſo hat die Kirche ſchon ſehr früh erkannt, daß dort, wo es ſich um ihre Satzungen und Disciplin, um die Ahndung von Uebertretungen derſelben handelt, ſie (die Kirche) ſelbſt die ganze Sache in die Hand nehmen und für die Aufrechthaltung derſelben ſorgen müſſe, daß ſie dieß nicht dem Zufalle überlaſſen könne. Was anderes, als ein Ausdruck dieſer Erkenntniß liegt denn in der ſogen. denuntiatio canonica s. evangelica, von welcher Marx[5]) ſogar, aber wol unrichtig behauptet, daß ſie bis zu den Zeiten Gregors des Großen der modus procedendi ordinarius geweſen ſei? Weiſen nicht die Viſitationen des Biſchofs und ſeiner Archidiaconen, das Vorgehen derſelben bei den Sendgerichten[6]), das eigentümlich kirchenrechtliche Inſtitut der testes synodales und wol auch die ſogen. purgatio canonica auf eine ſolche Erkenntniß hin?[7]) Wol iſt bis auf die Zeiten

[4]) Nach der gegenwärtigen Entwicklung und Stellung der Staatsgewalt läßt ſich in dieſen Angelegenheiten eine Gerichtsbarkeit der Kirche nicht mehr zuſprechen. Eine Anerkennung deſſen liegt wol auch im öſterr. Concordate und der darauf gegründeten Eheproceßgeſetzgebung, wodurch die cognition über die rein bürgerlichen Wirkungen der Ehe dem weltlichen Gerichte zugewieſen iſt.

[5]) „De denuntiatione juris canon.“ Schafh. 1859. p. 45 u. 46.

[6]) Biener: Beiträge zur Geſch. des Inquiſitionsproc. S. 28 u. sq.

[7]) Daß auch ſchon im Criminalproc. des ſpäteren römiſchen Rechtes ſich die Idee des inquiſitoriſchen Verf., u. z. in dreifacher Abſtufung zu erkennen gibt, zeigt Geib (Geſch. des röm. Crimproc. Leipzig 1842. S. 515 u. sq.); ob-

nach Innocenz III. der im weltlichen Verfahren eingewurzelte Accusationsproceß auch in den kirchlichen Strafgerichten der modus procedendi ordinarius geblieben, denn die Kirche kann die im Bewußtsein des Volkes, unter welches sie eintritt, festbegründeten Institutionen nicht auf Einmal beseitigen; aber die Erkenntniß, daß es die Pflicht des kirchlichen Richters ist, die Vergehen zu untersuchen und zu bestrafen, erstarkte immer mehr (c. 11. C. 30. q. 5), bis sie endlich unter Innocenz III. zum vollkommenen Durchbruche und zur gesetzlichen Durchbildung gelangt [8]). Das im Keime in der Kirche schon längst vorhandene, von dem großen Papste zur Durchführung gebrachte Princip des Strafprocesses verdrängt allmälig alle anderen Formen des canon. Strafverfahrens und wird sodann ein Gemeingut aller weltlichen Gerichte. Es ist darnach die Sache des das öffentliche Interesse vertretenden Richters, jede zu seiner Kenntniß wie immer gelangte strafbare Handlung sofort vor sein forum zu ziehen, sich die nötigen Substrate für sein Erkenntniß selbst herbeizuschaffen, alles Erforderliche, ohne auf das Vorgehen der Parteien zu warten, genau zu erheben, die Beweise für die Wahrheit der entscheidenden Umstände selbst zu suchen und durchzuführen (c. 21. u. 24. X. [V. 1.] u. c. 31. X. [V. 3.]). Der Richter ist hier der Thätige, die Parteien wirken höchstens unterstützend mit, wie bei der später durchgebildeten sogen. inquisitio cum promovente oder prosequente zu ersehen ist.

Eine ganz andere ist die Tendenz des canon. Processes außer Strafsachen (jedoch mit Ausschluß der spirituellen Angelegenheiten). Es ist immer nur Sache der berechtigten Partei, ob sie das ihr zustehende Recht gegenüber einer Verletzung geltend machen wolle oder nicht. Will sie die Anerkennung ihres Rechtes durch den Richter, dann muß sie demselben die nötigen Prämissen hiefür liefern; ihre Sorge, nicht die des Richters ist es, im Streite mit der Gegenpartei die von ihr vorgebrachten Thatsachen, auf welche es ankommt, festzustellen und dem Richter die nötige Ueberzeugung von der Wahrheit derselben zu verschaffen. Was die Parteien selbst als wahr gelten lassen, gilt auch

---

wol den Römern einerseits ein wirklicher, unvermischter Inquisitionsproc. noch durchaus unbekannt ist, andererseits aber ein völlig unversehrter Accusationsproc. in der letzten Periode der röm. Rechtsgeschichte ebenso wenig mehr zu finden ist.

[8]) „Die geistliche Gerichtsbarkeit," bemerkt Bethmann-Hollweg (Versuche. IV. S. 254), „neigte natürlicherweise zur Inquisitionsmaxime, nach welcher der Richter durch alle ihm zu Gebote stehenden Mittel die wirkliche Wahrheit zu erforschen sucht."

dem Richter als ſolches; was ſie ſelbſt nicht vorbringen oder nicht beweiſen, exiſtirt für den Richter auch nicht. „Quamvis vera sint quaedam, non tamen judici sunt credenda, nisi certis indiciis demonstrentur.“ (c. 75. C. 11. q. 3.) Hier ſind die Parteien thätig, der Richter leitet nur ihre Verhandlungen, greift aber activ in dieſelben nicht ein [9]).

Den canon. Strafproceß characteriſirt ſonach das in demſelben nach ſeiner ſchließlichen Geſtaltung und Ausbildung vorwaltende Unterſuchungsprincip, das canon. Verfahren außer Strafſachen die in demſelben herrſchende Verhandlungsmaxime, — wie man dieß in der neueren Terminologie auszudrücken pflegt. Der von Roßhirt (canon. Recht. S. 612) aufgeſtellte Satz: „daß der (canon.) Civil- und Criminalproceß auf ganz gleichen Grundſätzen ruhen“ iſt in dieſer Allgemeinheit gewiß unrichtig: er könnte ſich doch nur auf das Verhältniß des Accuſationsproceſſes, der aber durch die allgemeine Entwicklung des Inquiſitionsproceſſes aus dem Strafverfahren, wie ſpäter gezeigt werden ſoll, allmälig ganz verdrängt wurde, zum Civilproceſſe beziehen. Damit iſt jedoch nicht geſagt, daß in dem letzteren der Richter jedweedes Einfluſſes auf die Verhandlungen ſich zu enthalten habe, daß er nicht auch etwaige Widerſprüche zu beſeitigen, Dunkles und Verworrenes aufzuklären ſuchen ſoll. Im Gegenteile: die im Strafverfahren zur Herrſchaft gelangte Inquiſitionsmaxime hat auch auf das Verfahren außer Strafſachen wenigſtens inſoweit einen Einfluß geübt, daß die Extreme der Verhandlungsmaxime dadurch gemildert erſcheinen; aber im Ganzen iſt doch auch im canon. Verfahren außer Strafſachen die Verhandlungsmaxime immer vorwaltend geblieben [10]).

Dasjenige Verfahren außer Strafſachen jedoch, in welchem es ſich um ſpirituelle Angelegenheiten handelt, bildet in dieſer Beziehung eine Mittelſtufe zwiſchen den beiden Proceßarten. Es ſteht einerſeits auf dem Standpunkte des Unterſuchungsprincipes, andererſeits iſt es von der Verhandlungsmaxime geleitet. Denn in der Unterſuchung über das Spirituelle geht der kirchliche Richter ſelbſtſtändig nach ſeiner Amtspflicht vor, hält ſich nicht bloß an das Vorbringen der Parteien; hin-

[9]) Vgl. Briegleb: Einleitung in die Theorie der ſummar. Proc. beſ. cap. 2. Im Allgem. Mittermaier: Die Lehre vom Beweiſe. (Darmſtadt 1834.) S. 29—40.

[10]) cf. c. 11. C. 30. q. 5. u. c. 10. X. de fide instrum. (II. 22.)
Bulgarus: de judiciis bei Wunderlich: anecdota, quae proc. civ. spect. (Göttingen 1841.) S. 21.
Bonaguida: summa super off. advoc. ibidem. S. 317.
Tancredus: ordo jud. bei Bergmann: libri de judiciorum ordine. (Göttingen 1842.) S. 210; S. 266 u. sq. et ibi citata.

sichtlich der damit verflochtenen privatrechtlichen Fragen aber hat sich der Richter an die Verhandlungsmaxime zu halten und den Parteien die Verfechtung ihrer Rechte zu überlassen. Man sieht dieß am deutlichsten an dem wichtigsten, im canon. Processe am Meisten durchgebildeten Vertreter dieser Proceßart, dem Eheprocesse. Die canones zeichnen das Verfahren in rebus spiritualibus vor dem sonstigen Verfahren außer Strafsachen dadurch aus, daß sie für das erstere das juramentum veritate dicenda verlangen, indem sie sich hier mit dem sonst hinreichenden juramentum calumniae nicht begnügen [11]). Das Verfahren in rebus spiritualibus neigt nach dem in demselben vorwaltenden Principe sowol auf die Seite des Strafverfahrens, als auch auf die Seite des Verfahrens außer Strafsachen, steht zwischen beiden in der Mitte. Es bezieht sich wol auf das Verfahren in rebus spiritualibus überhaupt, was Schulte (Eheproc. S. 107) sagt: „Der Eheproceß hat nach der Natur der Ehe zum großen Teile einen anderen Charakter, als der gewöhnliche Civilproceß ..... Es kommt die sogen. Verhandlungsmaxime nicht rein, noch stets zur Geltung, sondern dieselbe wird bald ausgeschlossen durch die sogen. Untersuchungsmaxime, bald mit dieser verbunden." [12])

Die Verschiedenheit des das ganze Verfahren beherrschenden Principes bildet naturgemäß den ersten und wichtigsten Teilungsgrund für die Scheidung der verschiedenen Proceßarten und äußert sich vorzugsweise auch in dem wichtigsten Teile des Processes, im Beweisverfahren. Hier macht sich dieselbe nicht bloß bei der Frage nach der Zulässigkeit dieses oder jenes Beweismittels, bei der Frage nach der Beweislast und dem Gegenstande des Beweises geltend, sondern auch und vorzugsweise bei der Frage nach den zur Beweiskraft eines Beweismittels nötigen Erfordernissen und bei der Würdigung des Resultates der Beweisführung durch den Richter. Man wird daher, wie der Darstellung des canon. Processes überhaupt, so der Lehre vom Beweise im

[11]) c. 2. X. de juram. calum. (II. 7.); c. 1. in VI. h. t. (II. 4.)

[12]) Die alten Juristen (im 13. u. 14. Jahrhunderte) bezeichnen den Gegensatz zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsprincip zunächst nur damit, daß der Richter im ersteren Falle nur „secundum allegata et probata", im letzteren Falle aber „secundum conscientiam suam" zu entscheiden habe. cf. Glosse s. v. veritas ad l. 6. §. 1. D. de off. praes. (I. 18.) u. Durandus: speculum jur. lib. II. de sent. Von dem Eheproc. sagen die Canonisten, wie Binder (Kath. Eherecht. II. Aufl. 1865. S. 598) berichtet: „Causae matrimoniales naturam habent mixtam, de civili et de criminali et in iis agitur de causa publica, in qua non actio, sed accusatio proponi videtur."

canon. Processe insbesondere, folgende Einteilung am Richtigsten zu Grunde legen:

a) Verfahren in Strafsachen (u. z. nach seiner schließlichen Ausbildung),

b) Verfahren in Streitigkeiten außer Strafsachen, jedoch mit Ausschluß der spirituellen Angelegenheiten,

c) Verfahren in kirchlich spirituellen Angelegenheiten.

Die kirchliche Gerichtsbarkeit pro foro interno, sowie das sogen. nobile judicis (eccl.) officium oder „der Inbegriff der dem Richteramte bloß anexen Administrativberechtigungen“ [13]) bleibt hier selbstverständlich ganz weg.

Es gibt allerdings noch eine ganze Menge von Einteilungen des canon. Processes [14]), welche bei der Darstellung desselben innerhalb des eben festgesetzten Rahmens wol wesentlich beachtet werden müssen; allein dieselben haben keinen Einfluß auf die Lehre vom Beweise und eignen sich daher auch nicht zur Grundlage für das ganze System des canon. Processes.

So erklärt vor Allem Innocenz III. selbst in c. 24. X. de accus. (V. 1.) u. c. 31. X. de simon. (V. 3.): „Contra quos (ut de notoriis excessibus taceatur) et si tribus modis possit procedi: per accusationem videlicet, per denuntiationem et inquisitionem“ etc. und in c. 16. X. de accus. (V. 1.): „tribus modis valet crimen opponi, denunciando, excipiendo et accusando“ —, und darnach werden von den Canonisten 5 Hauptarten des canon. Processes unterschieden, dieselben wie z. B. bei Durandus l. c. lib. III. in gesonderten Abschnitten behandelt. Allein diese Scheidung, für die Formen des Verfahrens überhaupt allerdings von Bedeutung, bezieht sich einerseits nur auf das Verfahren in Strafsachen, und muß andererseits auf den oben festgestellten Gegensatz zwischen a) und b) in Bezug auf das im ganzen Gange des Verfahrens vorwaltende allgemeine Princip zurückgeführt werden. Denn, was das Verfahren per exceptionem und in notoriis anbelangt, so kann ich nur der Ansicht von Marx l. c. S. 31 u. sq. und Roßhirt l. c. S. 822 u. sq. beipflichten, daß dieß — was den Gang des Verfahrens betrifft — eigentlich besondere und selbst-

[13]) Bachmann: Lehrb. des K. R. III. §. 381.

[14]) Vgl. München l. c. bes. S. 231 u. 232; S. 363—370; S. 427—432; S. 472—482; S. 505—512. Eine Aufklärung über den jurist. Charakter der verschiedenen Arten des canon. Proc. und deren Verhältniß zu einander dürfte meines Erachtens aus diesem umfangreichen Werke kaum entnommen werden können.

ſtändige Proceßarten nicht ſind. Bei der exceptio iſt wol Veranlaſſung und Zweck des Verfahrens, nicht aber der Gang desſelben von den übrigen Proceßarten verſchieden, und bei den notoria delicta bedarf es, wenn die Notorietät eben feſtſteht, eines eigentlichen Verfahrens gar nicht (Decret. Grat. C. II. q. 1. u. c. 3. X. de test. cog. II. 21.) [15]). Von den noch übrigen Verfahrungsarten: per accusationem, denuntiationem et inquisitionem aber fällt das Verfahren per denuntiationem geradeſo unter die Herrſchaft der oben entwickelten Unterſuchungsmaxime [16]), wie das per inquisitionem und beide ſtehen in Rückſicht auf das im ganzen Verlaufe des Verfahrens vorwaltende Princip dem modus procedendi per accusationem, der wie das Verfahren außer Strafſachen der Verhandlungsmaxime anheimfällt, als Eines gegenüber. Die oben aufgeſtellte Einteilung ſchließt ſomit alle dieſe Proceßformen in ſich.

Wenn es hiernach aber doch im canon. Strafproceſſe eine Proceßform gibt, welche auf dem Standpunkte der Verhandlungsmaxime ſteht, ſo mag es auffallend erſcheinen, warum in der obigen Einteilung für das canon. Strafverfahren das Unterſuchungsprincip ohne Unterſcheidung hingeſtellt wurde. Deßhalb bedarf es hier einer näheren Erörterung über das hiſtoriſche Verhältniß der eben beſprochenen Proceßformen, um jene Einteilung zu rechtfertigen.

Der accuſatoriſche Proceß hat im Strafverfahren vor den geiſtlichen Gerichten, wenn auch nicht vollſtändig nach den Beſtimmungen des römiſchen Rechtes, ſo doch dem Principe nach ſchon vor Gregor dem Großen geherrſcht [17]), und war von dieſem (o. ſ. Briefe an den defensor Joannes im Grat. Decr.) ganz nach dem römiſchen Rechte ausgebildet worden. Die Kirche traf denſelben bei allen Völkern, in deren Rechtsleben ſie eintrat, er war der modus procedendi ordinarius nicht bloß zur Zeit des Gratian. Decretes, ſondern auch zur Zeit Innocenz' III. war es noch Grundſatz, daß zur Verhängung der poena ordinaria, wie die Gloſſe und die Commentatoren erklären, die via accusationis notwendig ſei. Nebenher hatte, wie oben bereits bemerkt

[15]) cf. hiezu die von Biener l. c. S. 98 angeführte Bemerkung von Joannes Faber: „haec via (notorium) est una et eadem cum denuntiatione et inquisitione, nec video, quare Canonistae fecerint membrum per se.“ Prosper Farinacius: praxis. crimin. lib. I tit. 3. quaest. 21. Nr. 60 u. sq.; beſ. Nr. 65 et ibi citata.

[16]) cf. Bachmann. i. c. III. §. 368.

[17]) S. die const. Apostolorum nach der Darſtellung Molitor's l. c. S. 17 u. sq. u. Feßler: Der canon. Proceß. (Wien 1860.) §. 3 u. sq. im Gegenſatze zu Marx l. c. S. 45 u. sq.

wurde, das Unterſuchungsprincip ſich in dem canon. Proceſſe in verſchiedenen Formen ſchon gezeigt, und auch Innocenz III. konnte demſelben nicht auf Einmal ausſchließende Geltung verſchaffen; er ſelbſt mußte den aus dem allgemeinen Rechtsbewußtſein, welches an dem Grundſatze des c. 4. u. 18. C. II. q. 1. und c. 1. C. IV. q. 4. feſthielt, hervorgegangenen falſchen Anſchauungen über ſeine inquisitio entgegentreten, er mußte für dieſelbe einen fictus accusator aufſtellen: „non tamquam idem sit accusator et judex, sed quasi denuntiante fama, vel deferente clamore“ (c. 24. X. cit.). Die wiſſenſchaftliche und praktiſche Fortbildung unterſchied ſodann, immer noch an dem accuſatoriſchen Principe hängend, eine inquisitio ex mero judicis officio und eine inquisitio cum promovente s. prosequente [18]); die Canoniſten (v. Bouix l. c. II. pars. III. sect. I. subsect.) quälen ſich bei der Darſtellung der Erforderniſſe der accusatio, denuntiatio und inquisitio und des Verhältniſſes derſelben unter einander mit der Aufſtellung von regulae generales, die ſie aber ſogleich wieder durch zalloſe Ausnamen wie ein Sieb durchlöchern. Doch das Inquiſitionsprincip brach ſich frei von jeder Beimiſchung dennoch vermöge der in demſelben liegenden allgemeinen Wahrheit, geſtützt auf die geſetzlichen Beſtimmungen des großen Papſtes immer mehr Bahn, und hatte, beſonders als die Legiſten und Canoniſten die Inquiſition dem Principe nach auch ſchon im römiſchen Rechte begründet fanden und nachdem dasſelbe auch in den weltlichen Geſetzgebungen aufgenommen worden war, etwa im 3. und 4. Jahrh. nach Innocenz III. nahezu ausſchließliche Geltung [19]).

Die denuntiatio hatte, ſelbſt ein Ausdruck der im Inquiſitionsprincipe liegenden Wahrheit, den Uebergang zu dieſer Entwicklung gebildet und verſchmolz dann nach der allgemeinen Anerkennung der inquisitio mit dieſer [20]). Je mehr ſich die letztere ausbildete, deſto mehr mußte auch die accusatio in den Hintergrund treten, bis ſie gänzlich verdrängt wurde. Denn hat einmal der Grundſatz allgemeine Geltung, daß es im officium des Richters, im öffentlichen Intereſſe der Kirche, wie des Staates liege, die Verbrechen zu verfolgen und zu beſtrafen,

---

[18]) Die Stellung dieſes prosequens oder promotor im Proc. iſt am Beſten gekennzeichnet in der von Biener l. c. citirten Gloſſe eines Unbekannten zu c. super his de acc. comp. 3: „In inquisitione non est actor. Si tamen aliquis velit crimen probare, admittitur, non ut adversarius, sed tamquam adjutor ad inquisitionem expediendam.“

[19]) cf. Biener l. c. cap. IV., beſ. nach Hippolythus de Marsiliis, Julius Clarus u. Farinacius; dann S. 192 u. sq.

[20]) Biener l. c. S. 60.

dann kann es naturgemäß nicht mehr darauf ankommen, auf welche Weise das Vorgehen des Richters hergerufen wird[21]). Wenngleich die Canoniſten, wie Molitor beſtätigt, erſt mit Beginn des 18. Jahrhundertes das Inquiſitionsverfahren als das gewöhnliche Procedere in Strafſachen hinſtellen, ſo hatte dasſelbe doch ſchon zur Zeit des concilium Tridentinum den Charakter ausſchließlicher Geltung, wie aus Allem, was dieſes concilium über die causae criminales in Sess. 13, c. 1. u. sp. de ref., Sess. 24. c. 5 u. de ref., Sess. 25, c. 3. de ref. verordnet, zu entnehmen iſt. Ja, es dürfte ſo ganz unrichtig nicht ſein, wenn man behauptet, daß die von dieſem Concil eingeführte, ſog. sententia ex informata conscientia ſchon ein extremer Auswuchs des Inquiſitionsprincipes ſei.

Bei dieſer Anſchauung von dem Verhältniſſe der accusatio, denuntiatio und inquisitio wird ſich ſehr Vieles klar machen laſſen, was die alten Canoniſten durch die (vom Inquiſitionsprincipe veranlaßte) Aufſtellung einer Maſſe exceptiones oder fallentiae von ihren (meiſt nach dem accuſatoriſchen Principe oder umgekehrt gehaltenen) regulae generales in dieſer Richtung vergebens zu erklären ſuchen. Von dieſer letzten Durchbildung des canon. Strafproceſſes wird man m. E. bei

---

[21]) Den Charakter der Ausſchließlichkeit erlangte der inquiſitoriſche Proceß allerdings zunächſt nur in den weltlichen Gerichten. Für die geiſtlichen Gerichte ſtanden ſich die 3 Formen: via accusationis, denunt. et inquis. de jure immer und ſtehen ſo auch jetzt noch als gleichberechtigt einander gegenüber. Allein der Richter durfte auch im canon. Proc. jetzt nicht mehr auf eine förmliche accusatio oder auch nur denuntiatio warten, er mußte ſofort, u. z. häufig mit Unterſtützung des aus den Einrichtungen der Ketzergerichte und der weltlichen Gerichte Frankreichs in die übrigen geiſtlichen Gerichte übergegangenen promotor fiscalis (der biſchöfl. Curie) einſchreiten und dieß gewiß auch dann thun, wenn etwa der auftretende accusator oder denuntiant nicht auslangte. De facto mußte notwendig die ſich immer mehr entwickelnde inquisitio die übrigen Formen verdrängen, wenn man insbeſondere noch erwägt, daß die an der inquisitio ausſchließlich feſthaltenden Einrichtungen der weltlichen Gerichte ſelbſt wieder einen weſentlichen Einfluß auf die Inſtitutionen der geiſtlichen Gerichte übten. Die accusatio und denuntiatio ſind im canon. Rechte nirgends geſetzlich abgeſchafft, aber factiſch nach dem natürlichen Gange der Entwicklung des canon. Strafproceſſes, welche ſich immer nur um die inquisitio dreht, gänzlich zurückgedrängt. Ich verweiſe hier auf die Darſtellung Roßhirt's l. c. S. 829—831 mit der Bemerkung, daß man wol glauben möchte, auch der gelehrte Herr Verfaſſer gehöre zu den „Manchen", von denen er hier S. 830 behauptet, daß „ſie ſogar glauben mochten, der Accuſationsproceß ſei gänzlich untergegangen", — wenn man dasjenige lieſt, was er ſelbſt gleich darauf S. 834 (vorletzter Abſatz u. Anm. 2) ſagt, und wenn er S. 841 (letzter Abſatz) „dasjenige kurz darzuſtellen ſucht, was **dereinſt** in dem **abgekommenen** Accuſationsproceß ſtattfand". S. hiezu überhaupt: Philipps: Lehrbuch. §. 216. Walter: §. 194. Richter: 211. München l. c. S. 505.

der Feſtſtellung der ſyſtematiſchen Grundlage für die Darſtellung des canon. Proceſſes ausgehen müſſen, ohne deßhalb die accuſſatoriſchen Formen auszuſchließen und mit der ausdrücklichen Anerkennung, daß die accusatio und die denuntiatio de jure zwar auch jetzt noch im canon. Strafproceſſe beſtehen, thatſächlich aber ſchon ſeit dem 17. Jahrhunderte antiquirt ſind.

Man hat ferner im canon. Proceſſe noch das ordentliche und das ſummariſche Verfahren (simpliciter et de plano, sine strepitu et figura judicii nach Clem. 2. de jud. [II. 1.] u. Clem. 2. de V. S. [V. 11.])[22] zu unterſcheiden. Doch, auch dieſe Unterſcheidung iſt einerſeits keine durchgreifende, da ſie ſich abgeſehen von dem in c. 24. i. f. u. c. 26. X. de acc. (V. 1.) erwähnten Verfahren gegen die regulares personae auf den canon. Strafproceß in ſeiner ſchließlichen Ausbildung nicht bezieht, und hat andererſeits nur für die äußere Geſtalt des Proceſſes ihre allerdings nicht zu unterſchätzende Wichtigkeit, aber keine innere principielle Bedeutung und namentlich auch keinen weſentlichen Einfluß auf die Lehre vom Beweiſe[23]). Denn das Weſen des ſummariſchen Verfahrens im canon. Proceſſe beſteht eben nur in einer möglichſt umfaſſenden Abkürzung des ordentlichen (ſolennen) Verfahrens, in der Beſeitigung aller proceſſualiſchen Formen und Solennitäten, die wenn ſie auch die Sicherheit der Rechtspflege verbürgen, doch für das richterliche Erkenntniß nicht unumgänglich notwendig ſind. Die weſentlichen Beſtandteile des Proceſſes bleiben auch im ſummariſchen Verfahren ungeändert und unter dieſen vor Allem das Beweisverfahren, in

---

[22]) Dieß ſind die Hauptſtellen für das ſummar. Verfahren. Daß aber auch ſchon früher ein ſolches ſtattfand, geht aus c. 1. X. ut lite non cont. (II. 6.) hervor, wo Innocenz III. ſagt: „licet in matrimonialibus causis ordo judiciarius non usquequaque servetur.“ cf. Briegleb. l. c. §§. 7 u. 8.

[23]) Für den ſummar. Proceß des canon. Rechtes nach Clem. cit. iſt dieß aus dem klaren Wortlaute derſelben erſichtlich u. Briegleb l. c. §. 82 ſtellt es bezüglich der Qualität der Beweisgründe als eine auch im heutigen ſummar. Proc., welcher nach ſeiner Darſtellung (§§. 31, 42, 43, 66) von dem Summarproc. des canon. Rechtes total verſchieden iſt, geltende, auf einem unbeugſamen Vernunftgeſetze beruhende Grundregel hin: „daß keine Thatſache als Grundlage der richterlichen Entſcheidung verwendet und geltend gemacht werden kann, welche nicht im Augenblicke der Urteilsfällung dem erkennenden Richter beweiſen vorliegt,“ — im Gegenſatze zur Forderung einer bloßen Beſcheinigung in dieſen Fällen. cf. §§. 47 u. 48. Bezüglich des ſummar. Proc. im canon. Rechte hebt Briegleb §. 23 S. 80 deutlich hervor, daß mit demſelben nur „eine formell vereinfachte und beſchleunigte, aber materiell vollſtändige und unverkürzte Cognition bezeichnet werde,“ weßhalb er dieſes Verfahren überhaupt nicht ſummariſch, ſondern anſchließend an l. 4. C. de dilat. (III. 11.) und einzelne Gelehrte des 14. Jahrh. lieber planariſch genannt wiſſen will.

welchem höchſtens Abkürzung der vorkommenden Termine, Beſeitigung der „superflua testium multitudo“ dem Summarium eigentümlich ſind. „Non sic tamen judex litem abbreviet,“ heißt es in Clem. 2. de. V. S. „quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittandur.“

Was endlich noch die inquisitio contra haereticam pravitatem, dann die sententia ex informata conscientia und das Verfahren des kirchlichen Schiedsrichters betrifft, ſo hat die erſtere wol manche Eigentümlichkeiten [24]) gegenüber dem gemeinen Inquiſitionsproceß, allein in Bezug auf das Beweisverfahren gelten die allgemeinen Grundſätze auch hier. „Pariter, ut possit condemnari reus, requiritur plena probatio; neque quoad hoc quidquam particulare habent tribunalia sancti officii,“ bemerkt Bouix l. c. II. Bd. S. 383. Die sententia ex informata conscientia iſt eben eine Entſcheidung ex sola episcopi conscientia, hat mit einem gerichtlichen Verfahren gar Nichts, alſo auch nicht das Beweisverfahren gemein und kommt ſomit hier gar nicht in Betracht; es iſt eine rein disciplinäre Verfügung, und ſo eingreifend ſelbe auch ſein mag, ſo geſchieht ſie doch „ex quacunque causa, etiam ab occultum crimen, quomodolibet, etiam extrajudicialiter“ (Conc Trid. sess. 14, c. 1. de ref.). Das Verfahren des kirchlichen Schiedsrichters hat ſich, wenn beſondere Beſtimmungen hiefür nicht durch Vereinbarung der Compromittenten getroffen ſind, wie im römiſchen, ſo auch im canoniſchen Rechte nach den für den öffentlichen Richter geltenden Normen zu richten.

[24]) cf. Biener l. c. S. 60 u. sq.

VII.

Bemerkungen zum Entwurfe des neuen gemeinſ. deutſchen Geſetzes über Schuldverhältniſſe.

Vom Herrn Dr. Joſef Ritter von Helm, k. k. Landesgerichtsrathe in Prag.

I. Vom Beweiſe.

Mag immerhin die Hoffnung eine geringe ſein, daß der in Dresden vereinbarte Entwurf eines Geſetzes über Schuldverhältniſſe mit Rückſicht auf die beſchränkte Teilname der Regierungen an der Beratung wirklich zum gemeinſamen Geſetz für die deutſchen Bundesſtaaten werde*); auch mögen die Anſichten über das Siſtem, den großen Umfang, die breite Anlage und innere Oekonomie, dann die Diktion des Entwurfes verſchieden ſein; die Idee bleibt dennoch groß, welche der deutſche Bundes-Beſchluß vom 13. November 1862 zum Ausdruck brachte, indem er das mit der Wechſelordnung und dem Handels-Geſetz begonnene Einheitswerk einen großen und ſchweren Schritt vorwärts zu fördern ſuchte.

Die Schwierigkeiten dieſes Schrittes liegen teils im zu behandelnden Gegenſtande ſelbſt, teils in den Verhältniſſen, unter welchen es geſchehen ſoll. Die Handels- und Wechſel-Geſetze regeln die Verkehrs-Verhältniſſe, die über die einzelnen Landesgränzen hinaus den ganzen Erdball umfaſſen und iſt das Bedürfniß nach Einheit dort viel zu groß und evident, um einen Widerſpruch laut werden zu laſſen. Nicht ebenſo

*) Bekanntlich beteiligten ſich nur Oeſterreich, Baiern, Sachſen, Hannover, Würtenberg, Heſſen, ſpäter auch Naſſau und Sachſen-Meiningen, — einige Zeit auch Frankfurt, — noch kürzer Mecklenburg.

verhält es sich mit dem Privat-Rechte. Dieses, auf den Verkehr des gemeinen Lebens berechnet, gestattet weit eher, die Grenzen seiner Geltung mit jenen des Territoriums zusammenfallen zu lassen und vornemlich was Deutschland betrifft, hat das Streben, den in der Vorzeit in jeder Beziehung entschieden wohlthätig wirkenden Doktrinen des römischen und gemeinen Rechtes allgemeine und permanente Geltung zu verschaffen und zu erhalten, das entgegengesezte Streben hervorgerufen, die Sonder-Rechte, die sich aus der Praxis des Landes und Volkes herausgebildet und denen gemäß seit Langem das bürgerliche Leben sich gestaltet, zu erhalten und zu wahren. Viel hat dazu die eitle Sucht beigetragen, die längst antiquirten Normen den gegenwärtigen Verhältnissen anzupassen, nicht selten diese aus jenen zu erklären und Bestimmungen herauszufinden, woran die alten Juristen und Canonisten unmöglich denken konnten. Vornemlich ist's das gemeine Recht, das an sich eine vielfach ungünstige Umbildung des römischen Rechtes, übrigens in den meisten Bestimmungen controvers, der volkstümlichen Rechtsentwicklung hinderlich sich erwiesen und schon in der II. Sizung der Dresdner Commission zu dem Beschlusse führte, der sofort an die Spize des Gesezes gestellt wurde (art. 1), und womit dem gemeinen Rechte die Geltung selbst als Hilfsrecht abgesprochen wurde. Erst nach Beseitigung dieses Hindernisses fand man die Bahn frei zu den weiteren Beratungen.

Gilt dieß vom Privatrecht überhaupt, so muß es im höheren Maße dann gelten, wenn nur ein Teil dieses Rechtsgebietes, wie jener über Obligationen oder Schuldverhältnisse, neu geregelt werden sollte; es genügt ein Blick in die verschiedenen Compendien über das gemeine Recht zu der Ueberzeugung, wie wenig abgegränzt das Gebiet des Obligationenrechtes ist; auch wurde in der Commission mit Recht angeregt, daß Schuldverhältnisse nicht ausschließlich Gegenstand des Obligations-Rechtes seien, daß sie vielmehr auch in andern Teilen des Privatrechtes, dem Familien-, Sachen- und Erbrechte zu finden sind und daraus insoferne ein Bedenken gegen die separate Beratung eines Obligationen-Rechtes erhoben, als der unentbehrliche allgemeine Teil des Obligat.-Rechtes viele Bestimmungen enthalten müsse, deren Regelung nicht ohne Einfluß auf die übrigen Teile des Privatrechtes bleiben könne und wobei leicht grundsäzliche Widersprüche mit den übrigen Teilen der einzelnen Landesgeseze herbeigeführt werden würden. Die Commission beseitigte zwar dieses Bedenken mit Berufung auf die ihr gewordene Aufgabe; sie beschloß, in die Berathung des Gesezes nach allen seinen Teilen ohneweiters einzugehen und den Partikul. Gesezgebungen die

Vereinbarung des Ergebnisses mit den Landesgesetzen zu überlassen. Dieß allein genügt, die Größe und Schwierigkeit der der Commission gewordenen Aufgabe zu charakterisiren.

Auch war zur Zeit, als die Beratungen begannen, der ihnen zu Grunde zu legende vorläufige Entwurf nur zum Teil vorgelegen, damit die Uebersicht des Ganzen ausgeschlossen, ein Mangel, der bei den Commiss.-Arbeiten wiederholt gefühlt wurde. Ungeachtet schon im Beginn der Beratungen principiell verbannt, fand doch das gemeine Recht allein entschiedene Vertretung in der Commission, während manche Partikular-Rechte leider nur wenig zur Geltung gebracht wurden*).

Die Commission arbeitete also unter Voraussetzung einer allgemeinen Wechselordnung, eines allgemeinen Handelsgesetzes, — eines beratenen Civil-Proceß-Entwurfes, — einer Menge partikul. Privat-Rechte, — die in allen übrigen Teilen verschont bleiben sollten, — ohne alle Sicherheit darüber, ob die Regierungen sich entschließen würden, manchen unvermeidlich auszusprechenden und allgemein durchschlagenden Principien seiner Zeit Rechnung zu tragen. Die Commission ging weiter und ist ihr Streben unverkennbar, auch auf die Partikular-Rechte der in der Commission nicht vertretenen Länder gebührende Rücksicht zu nehmen, auf daß diese später dem vollendeten Gesetzentwurfe mehr geneigt werden, als sie dem Beschlusse gewesen, der dessen Zustandekommen bewirkt.

Ob dieses Streben den gewünschten Erfolg haben wird, muß die Zukunft lehren; — ob aber dabei nicht zu weit gegangen wurde, wenn die Commission den Bestimmungen, welche in andere Teile des Privat-Rechtes, oder die in das Proceß-Recht hinübergreifen, selbst auf die Gefahr einer Lücke — sorglichst aus dem Wege ging und an sehr vielen Stellen direkt auf die bestehenden Partikular-Rechte verwies und wohl gar zu partik. rechtlichen Bestimmungen aufforderte, darüber dürfte schon jetzt der Critik ein Urteil zukommen, das desto unbefangener sein wird, je ernster die Absicht nach totaler Revision des Rechtes, einer Revision nach durchaus einheitlichen Principien gemeint ist!

Den ihr gemachten Vorschlag, dem Gesetze einen Abschnitt über: „Rechtsgeschäfte im Allgemeinen" vorauszuschicken, — lehnte die Commission ab, wesentlich aus der Rücksicht, um Collisionen mit andern Teilen des Privatrechtes zu vermeiden. Im allgemeinen Teile über

*) Ausgesprochen wurden den Beratungen außer dem allmälig vorbereiteten Entwurfe — das bürgerl. Ges.-Buch des Königr. Sachsen, dann ein bairischer und ein hessendarmstädt. Entwurf zum Grunde gelegt.

Rechtsgeschäfte überhaupt hätte so manche Frage gelöst werden können, die nun offen blieb und von den Partikular-Rechten verschieden beantwortet wird. Dieser allgemeine Teil hätte so allgemein gehalten werden können, daß er für alle Gebiete des Privat-Rechtes gepaßt haben würde; er konnte getrennt von dem eigentlichen Obligations Rechte, als Inbegriff der principiellen Grundlagen zusammengestellt werden, von denen die Commission ausgegangen und zu deren Fixirung sie sich gedrängt gesehen; den Partikular-Gesezgebungen wäre überlassen worden, das eigentliche Gesez über Schuldverhältnisse — auch ohne diesen allgemeinen Teil zu recipiren. In dem allgemeinen Teile hätte ohne Zweifel im Anschluß an die neuere Doktrin auch die Lehre vom „rechtlichen Beweise" einen Platz gefunden und wären die Grundsäze zusammengestellt worden, welche dießfalls für das ganze Privatrecht maßgebend sind.

Die Commission hat im Hauptstück über Schuldverträge drei Artikel unter der Ueberschrift: „Beweis der Verträge" aufgenommen (II. Abteil., 1. Hauptst., Art. 143—145.); außerdem aber an vielen Stellen Bestimmungen über den Beweis eingestreut*), an vielen andern wieder solche unter Hinweis auf die Proceßgeseze vermieden, so daß die erwähnten zusammengestellten drei Artikel jene Säze zu enthalten scheinen, zu deren Aufstellung die Commission sich gedrängt fühlte, die sich aber an einer andern Stelle nicht leicht einfügen ließen. An manchen Stellen begnügte sich die Commission, ihre Uiberzeugung zu Protokoll zu constatiren, ohne ihr im Gesez selbst Ausdruck zu geben.

Die Commission arbeitete, wie gesagt, im Angesichte des fertigen Entwurfes der allgemeinen deutschen Civil-Proceß-Ordnung; diese hat die Grenzlinie zwischen materiellen und formellen oder Proceßrecht genau eingehalten, sich auf die Bestimmung, wie der Beweis, wenn er zu

---

*) Dieß geschah teils direkt, teils durch Aufstellung von Vermutungen; jenes in Art. 128, 132, 146, 155, 159, 164—167, 185, 205, 207, 221, 227, 232—234, 297, 299, 308, 312, 336, 345, 349, 350, 352, 353, 359, 362, 381, 403, 477, 584, 758, 779, 794, 796, 889, 893, 921, 973, 975—977, 982, 1021, 1053, 1058, 1061, 1087, 1092, 1100; — dieses in Art. 6, 14, 33, 42, 46, 52, 54, 57, 74, 104, 115, 116, 128, 142, 146—150, 172, 184, 204—207, 226, 232—34, 239, 241, 250, 253 u. f. 261, 264—68, 269—71, 274, 278, 326, 342, 343, 347, 377, 381, 382, 398, 433, 434, 448, 469, 477, 478, 497, 537, 554, 578, 579—81, 607, 635, 641, 646, 666, 719, 721, 723, 724, 729, 741, 742, 747, 788, 790, 792, 797, 823, 826, 829, 830, 832, 833, 835, 840, 845, 854, 906, 910, 914, 921, 925, 933, 934, 940, 947, 950, 959, 962, 968, 1006, 1019, 1058, 1062, 1076.

führen ist, geführt werden soll, beschränkt, und die Frage über „Beweispflicht" oder „Beweislast" dem materiellen Rechte überlassen *).

Mag noch immer dahingestellt bleiben, ob das Princip fester Beweisregeln oder jenes der freien richterlichen Beurteilung des Beweismaterials den Vorzug verdiene; eine weit höhere, davon völlig unabhängige Bedeutung behält die Frage nach der Beweispflicht oder Beweislast. Verliert sich in dieser Beziehung das Festhalten an richtigen Grundsäzen und deren consequenter Durchführung; so ist es auch schon um jeden Beweis geschehen und an Stelle begründeter Judikatur tritt eine den mannigfaltigsten Einflüssen preisgegebene Willkühr, deren Aussprüche nur darum Haltung erhalten und behalten, weil jeder Widerspruch ausgeschlossen ist. Wird dagegen die Beweispflicht richtig aufgeteilt; dann ist die Frage nach den Beweismitteln und der Beweisführung einer fehlerhaften Lösung kaum mehr ausgesetzt; dem Richter mag dann freie Hand gelassen werden, — denn ein Vorgreifen darin kann jene rechtsvernichtenden Wirkungen nicht mehr haben, die bei Abgang solcher Normen in Hinsicht der Beweispflicht unvermeidlich sind.

Um die richtigen Grundsäze über die Geltendmachung des Rechtes zu gewinnen, muß die Beziehung von Person zu Person festgehalten werden, wie solche dem Rechte eigen ist oder doch zukommen kann. Allerdings enthält das Recht an sich stets eine Beziehung von Person zur Person; diese Beziehung tritt aber mit Bestimmtheit ursprünglich nur bei den Forderungsrechten hervor, wo nämlich eine bestimmte Person von einer andern bestimmten Person etwas, eine Leistung zu fordern hat, während bei den Personen- und Zustandsrechten, dann bei den bisher sogenannten dinglichen Rechten (mit Einschluß des Erbrechtes) die persönliche Beziehung nur eine allgemeine, auf Abwehr jeder Störung gerichtete ist und nur dann als Rechtsanspruch — gegen eine bestimmte Person auf ein Thun oder Lassen gerichtet, — hervortritt, wenn diese den Rechtszustand nicht anerkannt, stört oder zu stören sucht. Ist dieß geschehen, sezt sich eine bestimmte Person mit ihrem durch Wort und That geäußerten Willen in Widerspruch mit dem Rechte eines Andern, so fällt der in der Natur der Rechte liegende Unterschied weg; dann ist eine Rechtsverletzung bevorstehend oder schon eingetreten und der Berechtigte, der die Anerkennung seines Rechtes anstrebt, muß seinen Anspruch gegen die bestimmte Person richten,

*) Selbst der allg. Grundsaz des §. 104 d. österr. allg. G. O., abgesehen von dessen Unrichtigkeit in seiner Allgemeinheit, wurde nicht aufgenommen, auch durch keine ähnliche Phrase ersezt.

sein Recht gegen dieselbe geltend machen, wie dieß endlich zur zwangsweisen Durchsezung des Rechtsanspruches führt. — Man mag unter Beweis den Inbegriff der Gründe für die Wahrheit der zur Rechtfertigung des erhobenen Anspruches angeführten Thatsachen, oder die Proceßhandlung, womit diese Gründe vorgeführt werden (Beweisführung), oder das Resultat, die Wirkung dieser Proceßhandlungen, die bewirkte Uiberzeugung selbst verstehen; über das Wesen kann ein Zweifel nicht bestehen, ebensowenig darüber, daß Gegenstand des Beweises, das durch den Beweis zu Begründende — nur bestimmte Thatsachen (facta) im weitern Sinne, wo sie auch Zustände und Verhältnisse umfassen, — im Gegensaz von Rechtssäzen, die in der Regel des Beweises nicht bedürfen, — nicht aber Behauptungen sein können und daß selbst Thatsachen nur dann zu beweisen sind, wenn deren Gewißheit nicht schon vorhanden ist (wie bei den sogenannten notorischen Thatsachen).

Es entsteht nun die weitere, gleich wichtige, doch nicht gleichmäßig beantwortete Frage: welche Thatsachen zur Rechtfertigung des Rechtsanspruches dienen, welche Thatsachen und durch wen sie zu beweisen sind, — die Frage nach der Beweispflicht. Diese für die Entscheidung des Streites und über das Recht selbst den Ausschlag gebende Frage wird gewöhnlich formel, durch Aufstellung gewißer, dem Wesen des Rechtsstreites entlehnter Säze zu lösen versucht und die heutzutage allgemein angenommene Regel ist: „jeder Streitteil hat die ungewissen Thatsachen zu beweisen, welche die notwendige Grundlage seines processualischen Angriffes oder Gegenangriffes bilden“ *). Es ist dieß eine wissenschaftlich ausgebildete Umschreibung des schon im §. 104 unserer a. G. O. ausgesprochenen Princips; Kläger hat demnach die seinem Anspruch zu Grunde gelegten Thatsachen, — Geklagter die zu seiner Verteidigung angeführten Thatsachen zu beweisen.

Um den Inhalt dieses rein formalen Principes zu gewinnen, muß entschieden werden, welche Thatsachen die nothwendigen Grundlagen des processualen Anspruches bilden, was also zu beweisen sei? — Ist außer Zweifel, welche Thatsache zu beweisen sei, so ist, da diese zuvor von einem Streitteile für sich angeführt (behauptet) worden sein muß, auch schon entschieden, welcher Streitteil zu beweisen hat? Da, wo das positive Gesez sich rücksichtlich der Beweispflicht auf Feststellung eines formellen Sazes, wie §. 104 a. G. O., beschränkt,

*) Vergl. Haimerl's Magazin VII, S. 32 ff.

wird dieſer im Proceß-Geſez aufgenommen, — rückſichtlich des materiellen Inhaltes aber auf diejenigen Teile des Rechtes verwieſen, wo die einzelnen materiellen Rechtsgebiete behandelt werden, bei denen die Beweispflicht einer Regelung bedarf, im Uebrigen aber der Doktrin, rückſichtlich dem Ermeſſen des Richters freie Hand gelaſſen.

Die öſterr. Geſezgebung hat bisher zu einer principiellen Beantwortung der Frage ſich nicht veranlaßt geſehen und wo ſolche gegeben zu ſein ſcheint, iſt es eben nur ein Schein, und mag eine Verallgemeinerung des geſezlich Ausgeſprochenen ohne Bedenken kaum zuläſſig ſein. Indeß ſtehen wir jezt vor einer Geſezreform, es kann de lege ferenda geſprochen werden und muß der Geſezentwurf eine Critik vertragen, die einer lex lata gegenüber mindeſtens unpaſſend wäre.

Was die Doktrin betrifft*), ſo beſchränkt man zunächſt die Beweispflicht auf „die concreten Behauptungen individueller Thatſachen", und ſchließt allgemeine Behauptungen rechtlicher Zuſtände, des Daſeins oder Nichtdaſeins, der Fortdauer oder des Unterganges eines Rechtes aus; — die Partei müſſe wohl das Fortbeſtehen des allgemeinen Rechtes behaupten, braucht es aber nicht durch Angabe individueller Thatſachen zu ſubſtantiiren und dieſe zu beweiſen. Der die Forderung geltend machende Gläubiger behauptet zwar, daß der Schuldner noch nicht erfüllt habe, doch hat nicht er die Nichterfüllung, ſondern der Schuldner die Erfüllung zu beweiſen. Von Seite des Gläubigers genügt der Beweis der rechtserzeugenden Thatſachen; der Beweis der rechtsverhindernden und rechtsvernichtenden fällt dem Schuldner zu. Alle Fälle, wo das Geſez die Beweislaſt in anderer Weiſe regelt, werden für Ausnamen rein poſitiver Natur erklärt.

Damit wird weiter noch das ſogenannte Eventual-Verhältniß in Verbindung gebracht, nämlich die durch die Natur des Rechtsſtreites gegebene Reihenfolge in der Beweisführung, wornach zuerſt der Kläger und erſt wenn dieſer bewieſen oder nicht zu beweiſen hat, der Beklagte ſeinerſeits zu beweiſen verpflichtet wird, wobei unentſcheidend bleibt, ob dieſe durch die Natur der Sache gebotene Reihenfolge auch in ſucceſſiven proceſſualen Handlungen praktiſchen Ausdruck findet.

Dieſe Anſicht, welche die Beweispflicht des Klägers und des Geklagten in weſentlich analoger Weiſe regelt, ſucht die dießfälligen Prin-

*) Vergl. Prof. Unger's Siſtem d. allg. öſterr. Priv.-Rechts, II. S. 555—557; wir beſchränken uns auf dieſes Citat, da das cit. Werk, abgeſehen von ſeinem ſtreng wiſſenſchaftlichen Charakter, das erſte iſt, das der Beweislehre im öſterr. Rechte den gebührenden Plaz anweiſt.

cipien aus der Natur der Stellung des Rechtsansprechenden, aus dem Wesen des klagweise in Anspruch genommenen Rechtes, des Angriffs zu deduciren, und muß sich dem so Gewonnenen die Stellung des sich verteidigenden Geklagten anpassen. Wird aber von den wirklichen gegebenen Verhältnissen ausgegangen, denen jede positive Gesetzgebung entgegentritt; so wird bei Prüfung des Rechtes und Rechtserwerbes viel angemessener von demjenigen ausgegangen, der an seinem Rechte früher oder gleichzeitig etwas verlieren soll oder muß, auf daß der Andere ein Recht erwerbe. Die rechtlichen Coexistenzverhältnisse sind in steter natürlicher Entwicklung und Fortbildung begriffen. Diese ist aber eine natürliche, dem ernsten Wesen des Rechtes entsprechend ruhige; es ergeben sich von selbst Ruhepunkte, besser Perioden, die durch einen gewissen Zustand rechtlicher Ruhe charakterisirt sind. Der aus der naturgemäßen Entwicklung der rechtlichen Verhältnisse sich ergebende Zustand der Ruhe ist jener Zustand, den der österreichische Jurist, absehend von der besondern Bedeutung, die dem Worte in dinglicher Beziehung vindicirt werden mag, Besiz (im weitesten Sinne) zu nennen sich gewöhnt hat, zumal er hiezu durch die Terminologie der österr. Gesetze geführt wird.

Der Besiz wird auf diese Art als thatsächliche Rechtsausübung, als eine Thatsache, wesentlich ohne Beziehung auf eine bestimmte Sache, oder auch nur bestimmte Gattung (wenn dieselbe nicht etwa zum Wesen des fraglichen Rechtes gehört) aufgefaßt und dabei nur noch in Voraussetzung genommen, daß dieser Rechtszustand selbst ein berechtigter, d. h. ein solcher sei, der sich bei natur- und gesezmäßiger Entwicklung der rechtlichen Verhältnisse herausgebildet hat.

Nicht die falsche Erscheinungsform dieses Zustandes, welche der Römer in dem Entstehungsmomente mit: vi, clam aut precario so treffend bezeichnet, sondern nur der ruhige, fehlerlose, echte Besiz wird hier in Voraussezung genommen und für solchen ist jeder Besiz — bis zum Beweise des Gegenteils — so lange anzuerkennen, als das Naturgemäße überhaupt schon auch wenigstens der großen Regel nach ein Fehlerloses, Ruhiges ist und alle Fehlerhaftigkeit, Eigenmächtigkeit und Ruhestörung nur als Ausname gelten kann.

Das Recht als solches ist ein bloßer Begriff, der sich der sinnlichen Anschauung entzieht; nicht so die Rechtsausübung, der Besiz des Rechtes, als der für die sinnliche Anschauung berechnete Ausdruck des Rechtes. Das Recht als solches enthält kraft seines Wesens den Anspruch auf Anerkennung, den Anspruch, als Recht angesehen und respektirt zu

werden. So gewiß das Recht zur äußern Bethätigung bestimmt und die Anerkennung Bedingung seines Wesens ist; so gewiß muß diese der Rechtsausübung, dem Rechtsbesitze zukommen. Wie der Mensch nicht erst seine Rechtsfähigkeit zu beweisen hat, um als Rechtssubjekt zu gelten und die Willenserklärung eben nur als wahrer Ausdruck des Willes aufgefaßt werden darf und die Identificirung der Erklärung mit dem Willen keiner Begründung bedarf; ebenso wenig bedarf die Rechtsausübung eines Mehreren, um als Ausdruck des Rechtes zu gelten. Dieß ist das Grundprincip des Besitzes und müßte dem, der von dessen Richtigkeit, selbst mit Zuhilfename des Satzes: „daß Nichts ohne zureichenden Grund anzunehmen," — daher auch die Rechtsausübung für ein Anderes nicht zu nehmen, als sie erscheint, — sich zu überzeugen nicht vermöchte, als Dogma gelten*).

Die unmittelbare Folge der innern Berechtigung des Rechtsbesitzes ist die, daß, wer nur diesen will, ein Mehr nicht erstrebt, nur Aufrechthaltung dieses Zustandes rechtlicher Ruhe begehrt, — falls dieser zur rechtlichen Auseinandersetzung kommt, sich bloß darauf zu berufen braucht, und er mag nun klagen, weil er gestört worden, oder geklagt werden, weil ein Anderer Ansprüche gegen ihn erhebt, den aufrechtzuhaltenden Besitz nicht zu begründen, nicht zu rechtfertigen verpflichtet ist. — Wohl aber muß der Besitz selbst, die Thatsache des Besitzes dargethan, bewiesen werden, falls sie geläugnet wird und muß diesen Beweis der vermeintliche Besitzer führen, weil wohl der Besitz, bis zum Beweise des Gegenteils, für Rechtsausübung zu halten ist, nicht aber ohne zureichende Begründung angenommen werden kann, daß gerade A oder B besitzt.

Obschon also der Besitz den Regulator für den Beweis bildet, so folgt daraus noch nicht, daß der Besitzer selbst Nichts zu beweisen hätte. Die Behauptungen sind ein rein Willkührliches, die Verpflichtung, ihnen zu glauben, die behaupteten Thatsachen ohneweiters für wahr zu halten, ist nicht construirbar; wer behauptet, daß er besitzt, muß beweisen, daß er besitzt. Der Besitzer kann kraft des Besitzes nicht verhalten werden zur Auseinandersetzung und zum Beweise, wie er besitzt, wie er zu besitzen angefangen und ob er wirklich ein Recht besitzt, zu besitzen berechtigt ist; er muß aber beweisen, daß er besitzt. Dießfalls hat der Besitzer die Beweislast; doch hat dieser Beweis dem juridischen

*) Wohl wird bei dieser Auffassung die Fortdauer des naturgemäßen Rechtszustandes vor den Fall der Störung, als Regel vor die Ausname gestellt, doch ohne dieses Princip als einziges Regulativ anzuerkennen.

Beweis überhaupt gegenüber insofern ein Eigenthümliches, als nur die Thatsache, worin sich der Besitz ausspricht, zu beweisen ist, wozu die Angabe der Gründe genügt, aus denen nach den Gesezen der Logik oder Erfahrung der Schluß auf die weitere Thatsache stattfindet, daß sich der Besitz als ein Gegenwärtiges bei Demjenigen befindet, der ihn behauptet. — — Das Princip des Besitzes läßt sich daher dahin aussprechen, daß Derjenige, welcher sich im Besitze des Rechtes befindet, um sich im Besitze zu erhalten, den Beweis des Rechtes, d. h. daß es wirklich sein Recht sei, welches er ausübt, nicht zu führen hat, daß vielmehr hiezu die Berufung auf den Besitz genügt, — daß daher Jeder, der den Besitz nicht anerkennen will, ein mit diesem Besitz unvereinbares Recht behaupten will, dafür beweispflichtig ist, — der Besitzer mag klagen oder geklagt werden. Die der Rechtsausübung innewohnende Anforderung der Anerkennung als wirklicher Ausdruck des Rechtes kann nicht soweit geführt werden, daß der Ausübende nie und nimmer zu mehr verhalten werden dürfte, als sich auf die Ausübung zu berufen; — — diese Berufung kann dann nicht genügen, wenn Bedenken erhoben und begründet werden, welche die Anname rechtfertigen, daß die Rechtsausübung blos scheinbar, in der That blos Anmaßung und daß das Recht mit der Befugniß zur Ausübung wo anders ist. Diese Grenze im Schuze des Besitzes ist wesentlich, so gewiß, als dieser die Rechts-Geltendmachung regulirt und diese eben nur der Rechtsausübung zur Anerkennung verhelfen soll*). Den Beweis der Thatsache des Besitzes abgerechnet, bleibt der Besitzer als solcher jedes unmittelbaren oder Haupt-Beweises enthoben, er kann den Beweis des Gegners abwarten; erst wenn dieser hergestellt ist, entsteht auch für den Besitzer die Nothwendigkeit einer Beweisführung; — — der Beweis des Besitzers ist daher stets ein Gegenbeweis — und zwar ohne Unterschied, ob der Besitzer als Kläger oder als Geklagter im Streite auftritt, weil überhaupt der Streit und die Stellung der Parteien in demselben auf das Recht selbst und auf die Anerkennungsberechtigung seiner Ausübung ohne Einfluß bleibt.

Ohne Rücksicht auf den etwaigen künftigen Streit und schon vor dessen Beginn muß bestimmbar sein, ob und inwiefern ein Teil beweis-

*) Natürlich wird hier abgesehen von dem positivrechtlichen polizeilichen Schuz des faktischen Besitzes als solchen, der ohne Rücksicht auf ein Recht, als Thatsache blos, weil sie einen regelrechten Anfang genommen, den eine andere nicht nachweisen kann, dann den Vorzug einer gewissen Zeitdauer voraus hat; hier weicht eine Thatsache der andern Thatsache, — während der Rechtsbesitz nur dem Rechte und dessen Beweise weicht.

pflichtig ist; der etwaige Rechtsstreit gibt nur den Anlaß, begründet die Nöthigung, daß Derjenige, welcher beweispflichtig ist, wirklich beweisen muß. In der Regel wird der Besitzer im Streite nicht als Kläger auftreten, er wird sich klagen lassen; er muß es aber nicht; auch der Besitzer kann in die Lage kommen, zu klagen gegen den Nichtbesitzer; — doch auch dann bleibt er noch Besitzer und als solcher im Genuße der vollen Festigkeit, die der Besitz bietet. Der Besitzer hat den Vorzug der mehrern Festigkeit („melior est causa possidentis"), den Vorzug, sich nicht verantworten zu müssen, — als Besitzer, — nicht als Geklagter; wer von einer bevorzugten Stellung des Geklagten im Processe spricht, identificirt irrtümlich den Geklagten mit dem Besitzer, denkt an die Regel, ohne ihre Ausnamen zu beachten und vindicirt dem Geklagten Vorteile, die blos dem Besitzer als solchen zukommen.

Obschon der Besitzer in der Regel die Thatsache seines Besitzes beweisen muß, so gibt es doch Fälle, wo dieser Beweis dem Gegner des Besitzers zufällt, weil überhaupt Jemand nicht da ist, der den Besitz für sich in Anspruch nimmt (vorgeblicher Besitzer), wie häufig bei der Eigentumsklage; der Eigentumsansprecher muß beweisen, „daß sein Gegner die eingeklagte Sache in seiner Macht habe." (§. 369 a. b. G. B.) Doch ist dieß keine Ausname von dem Obgesagten; in solchen Fällen ist Niemand da, der Anerkennung seines Besitzes fordert: der Beweis, den der Eigentumskläger zu führen hat, geht nicht so sehr dahin, daß Geklagter überhaupt die Sache im Besitz hat, vielmehr dahin, daß derselbe *eben jene* Sache im Besitz hat, die Eigentumswerber als sein Eigentum anspricht; hat dieser den Beweis hergestellt, so tritt sein Gegner sofort in die Stellung des jeder Beweispflicht enthobenen Besitzers, gegen den die Rechtslosigkeit des Besitzes bewiesen werden muß*).

Das Princip: „der (echte) Besitz des Rechtes als solcher wird geschützt, der das Recht Ausübende wird in der Ausübung erhalten, ohne dazu etwas beweisen zu müssen, bis gegen denselben bewiesen wurde, er sei nicht Besitz, sondern Rechts-Anmaßung," — steht an der Spize und regulirt allen Beweis im Rechte. Es mag das Eigentumsrecht an einer Sache eingeklagt, es mag die Freiheit des Eigentums

*) Wenn das Gesez verfügt, daß, wer den Besitz der Sache vor Gericht leugnet und dessen überwiesen wird, schon deßwegen allein dem Gegner den Besitz abtreten muß, so ist dieß eine rein positive, im Interesse des Verkehrs und der schnellern Rechtsdurchsezung gelegene Verfügung (§. 376 a. b. G. B.); es würde jedoch zu weit gegangen, wollte man mit dieser Besitzabtretung auch alle Attribute, die ganze dem Besitzer als solchen eigene Stellung auf den Gegner übertragen!

von einer Dienstbarkeit, in deren Ausübung der Geklagte sich befindet, es mag die Zuhaltung eines Verkaufsvertrages, oder die Rückzalung einer gezalten angeblichen Nichtschuld eingeklagt werden; — in allen diesen Fällen hat der Geklagte Nichts zu beweisen, so lange Kläger nicht bewiesen hat, daß der gegnerische Besiz dem Rechte nicht entspricht. Das positive Recht kann dießfalls manche Modifikationen treffen, aber das aus dem Wesen des Rechtsbesitzes sich ergebende Princip kann es nicht ignoriren und alle damit nicht vereinbaren Bestimmungen über Beweispflicht können nur als Ausnamen von der Regel aufgefaßt werden, die eben nicht weiter zu deuten sind, als das Gesez ausspricht.

So sehr aber das aus dem Besiz hergeleitete Princip die Theorie des Beweises durchdringt, so reicht es in seiner Allgemeinheit doch nicht aus, um für alle Rechtsverhältnisse sichere Haltpunkte zu geben, stets eben dort und nur dort Beweis zu fordern, wo er zu führen ist. Wegen der großen Mannigfaltigkeit der Rechtsverhältnisse wird oft schwer zu bestimmen, wer von den sich widersprechenden Teilen bezüglich des in Anspruch genommenen Rechtes als im Besiz befindlich anzusehen?

Aber selbst abgesehen hievon ist obiges Princip, weil dem materiellen Rechte, dem Wesen des Rechtes entnommen, selbst viel zu materiell, um für die formellen Beziehungen der rechtlichen Differenzen, wie solche zum förmlichen Streite führen, zu genügen. Die positiven Gesezе enthalten darum zalreiche Bestimmungen über den Beweis, die sich auf gewiße Regeln zurückführen lassen, solche aber verschiedenartig zur Anwendung bringen.

Die Aufstellung allgemeiner Regeln vermeiden die positiven Gesezе entweder ganz, oder beschränken sich dabei auf das geringste Maaß, geben bei den einzelnen Rechtsverhältnissen besondere Normen über den Beweis und überlassen die Abstraktion der allgemeinen Regeln der Doktrin. Sie thun dieß auf zweifache Art, teils dadurch, daß sie bestimmt und direkt festsezen, Dieß oder Jenes sei zu beweisen, teils indirekt, indem sie unter gewißen Vorausseзungen des Beweises entheben, oder solchen ausnamsweise erleichtern, das Leztere wieder derart, daß zugleich der Beweis für das Widerspiel geboten, oder eben dieser Beweis ganz ausgeschlossen wird. In den beiden lezten Fällen spricht man von (Rechts-) Vermutungen (praesumt. juris)*). Dort, wo

*) Das österr. a. b. G. Buch gibt Beweisvorschriften in beiden Formen, als direkte Beweisbestimmungen, wie z. B. §§. 17, 23, 25, 33, 36, 46, 62, 67, 99, 135, 158 u. s. f. und die Vermutungen, z. B. §§. 24, 138, 155, 156, 163 u. v. a.

das Gesez ganz bestimmt für eine Thatsache **beweispflichtig**, diese für beweisbedürftig erklärt, kann der gesezlichen Anforderung in zweifacher Weise entsprochen werden, indem entweder geradezu (direkt) die beweisbedürftige Thatsache selbst, oder dadurch, daß eine andere Thatsache bewiesen wird, von deren Existenz nach Denk- und Erfahrungssäzen der Schluß auf die Existenz oder Gewißheit der eigentlich zu beweisenden Thatsache gezogen werden kann oder muß*). Beide Arten des Beweises stehen einander gleich, beide reichen aus, um die juridische Gewißheit der beweisbedürftigen Thatsache zu bewirken und wäre mit Rücksicht auf das Unbestreitbare der Denkgesezе die Unterscheidung füglich entbehrlich, wenn nicht eben der indirekte Beweis den Uibergang zu der den Beweis vertretenden Vermutung, die so wichtig für die Beweislehre, bilden würde.

Das Gesez kann nämlich anordnen, daß eine bestimmte Thatsache nicht bewiesen zu werden braucht, oder was dasselbe ist, daß ihr Gegenteil bewiesen werden muß; das Gesez vermeidet aber häufig diese bestimmte Form, indem es festsezt, daß eine Thatsache schon dann für gewiß anzunehmen, wenn dafür noch nicht der sonst nötige Beweis geführt und wenn blos ein geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit bewirkt worden; das Gesez enthebt nicht ganz des Beweises, es erleichtert ihn aber, dieß nicht etwa dadurch, daß den Beweismitteln ausnamsweise eine größere Kraft beigelegt würde, sondern dadurch, daß der sogen. indirekte Beweis schon dann als hergestellt angesehen wird, wenn er in der That nicht geführt worden, weil wohl eine Thatsache bewiesen wurde, weil es aber der Schlußfolgerung von dieser Thatsache auf die andere (die eben beweisbedürftige) an der durch die Gesezе der Logik und Erfahrung geforderten innern Nothwendigkeit fehlt, so unverkennbar auch der Zusammenhang der Thatsachen immerhin sein mag**). Die Beweiserleichterung bei diesen Bestimmungen besteht darin, daß die eigentlich beweisbedürftige Thatsache schwer oder gar nicht, die andere aber, mit deren Gewißheit sich das Gesez begnügt, leicht zu beweisen ist. Es wird hier Wahrscheinlichkeit dargethan und diese vom Gesez als Gewißheit anerkannt, es wird ein Teil des sonst nöthigen Beweises ge-

*) Die Statthaftigkeit des indiretten Beweises mag früher für den österr. Civilproceß zweifelhaft gewesen sein; doch ist sie schon anerkannt im §. 105 der Civ. Pr. O. für Ungarn; — ebenso jezt im Entwurf der allg. deutsch. Civ. Pr. Ordn. II, 1. 1) §. 278.

**) Ohne diesen Zusammenhang, der sich wesentlich in dem von Substanz und Accidens, oder Ursache und Wirkung oder Wechselwirkung ausspricht, ist eine Schlußfolgerung nicht gestattlich. Vgl. Feuerlein: Vers. einer n. Th. d. Verm. 1810.

liefert, das Gesez gibt ihm die Kraft des vollen Beweises; die nur zum Teil bewiesene Thatsache wird als bewiesen angenommen, — vermutet. — Doch bleiben diese Bestimmungen immer nur Vermutungen, sind keine Präceptiv-Gesezе, indem dabei noch immer der Gegenbeweis gestattet ist, sowol der Beweis, daß die Thatsache, mit deren Gewißheit das Gesez sich begnügt (der Vermutungsgrund) nicht dargethan, — als auch, daß, ungeachtet die Vorausseзung der gesezlichen Vermutung vorhanden sind, dennoch die Schlußfolgerung im concreten Falle ausgeschlossen, weil direkt das Gegenteil erweislich ist.

Weil die Vermutungen überhaupt in der Beweistheorie eine große Rolle spielen, so ist es nothwendig, ihr Wesen in jeder Beziehung festzustellen; es sei daher erinnert, daß es noch andere Gesezgebilde gibt, welche mit den Vermutungen nur den Namen gemein haben, selbst aber keine Vermutungen sind, weil ihnen die Merkmale der leztern mangeln. Hierher gehören insbesondere:

1. die sogenannten praesumtiones juris et de jure, die alle Merkmale der gesezlichen Vermutungen haben, bei denen jedoch der Gegenbeweis beschränkt, nämlich nur der Beweis gegen den Vermutungsgrund gestattet, jener gegen die Vermutung selbst und gegen die vermutete Thatsache aber ausgeschlossen ist; daraus wird klar, daß hier nicht Vermutungen vorliegen, es sind vielmehr Bestimmungsgründe des Gesezgebers, bestimmte Vorschriften, juristische Dogmen und ein Gegenbeweis ausgeschlossen, weil er gegen die Anwendung des Gesezes geführt werden müßte;

2. die sogen. Dispositiv-Gesezе, welche die Rechtsverhältnisse nach dem wahrscheinlichen Willen der Parteien normiren, wo eine Norm nicht vereinbart, gleichwohl aber nothwenig ist;

3. die gesezlichen Erdichtungen (fictionis juris), wo das Gesez eine Thatsache als wahr annimmt, obschon vielleicht gerade das Gegenteil wahr, als gewiß bekannt ist; — je nach der Ausdrucksweise des Gesezes ist hier der Gegenbeweis bald zulässig, bald ausgeschlossen; jene Art der Fiktionen, welche den Gegenbeweis zuläßt, gehört unter die wahren Vermutungen, eben nur durch die gesezliche Ausdrucksweise verschieden*);

*) Vgl. Prof. Unger, Syst. II. §. 130, 3) nennt die lezterwähnte Art gesezlicher Fiktionen: Interims-Wahrheiten und findet den Unterschied zwischen denselben und den eigentlichen Vermutungen in den Wirkungen, indem dort Beweisthema und damit die ganze Beweislast verändert, nämlich das Gegenteil der entscheidenden Thatsache Gegenstand des Beweises wird. Nach dem

4. Bestimmungen, welche, ohne gewisse Vermutungsgründe zu bestätigen, anweisen, auf den Wahrscheinlichkeits-Nexus Rücksicht zu nehmen, wo also der Richter praesumtiones hominis seiner Entscheidung zu Grunde zu legen hat;

5. endlich finden sich im Gesetz oft Bestimmungen, in Form von Vermutungen hingestellt, die gleichwol nur Auslegungsregeln oder gar nur die Begründung einer Vorschrift enthalten und deshalb für die Beweislehre ganz ohne Bedeutung bleiben.

Natürlich mußte die Doktrin den Mangel jener Grundlagen schwer empfinden und konnte auf dem so heiklichen Gebiete des Beweises leicht irregehen. Als eine solche Verirrung muß die ältere Ansicht erklärt werden, welche die ganze Beweislehre durch Vermutungen beherrschen ließ; die Vermutung war der einzige Regulator für die Bestimmung über die Beweislast; die Vermutung befreite von der Beweislast und diese liegt auf jener Seite, für welche eine Vermutung nicht streitet; so sicher jene Behauptungen, meint man, für welche eine Vermutung besteht, nicht bewiesen zu werden brauchen, ebenso sicher müssen jene bewiesen werden, für welche eine solche nicht besteht oder für deren Gegenteil sie besteht, weil, wenn für eine Thatsache eine Vermutung nicht streitet, eine solche gegen sie besteht und in dem Abgang aller Vermutung eine (stillschweigende) Vermutung für das Gegenteil liegt.

Als das entgegengesetzte Extrem kann die Ansicht bezeichnet werden*), welche, weil die gesetzlichen Vermutungen ein allgemein durchgreifendes Princip nicht erkennen lassen, denselben jede Bedeutung absprechen, welche die vereinzelter, gelegenheitlicher gesetzlicher Verfügungen übersteigen sollte. Und doch läßt sich die hohe Wichtigkeit der gesetzlichen Vermutungen nicht verkennen, weil einerseits viele Beweisregeln in die Form von Vermutungen gekleidet sind und anderseits die Betrachtung der Vermutungen am klarsten die Gesichtspunkte erkennen läßt, von denen das Gesetz hinsichtlich der Beweispflicht ausgegangen, und weil eine förmliche Beweistheorie im positiven Gesetze nicht zu suchen, wenigstens bisher nicht zu finden ist. Die Form, in welcher das Gesetz den Beweis regelt, ob direkt oder indirekt in Aufstellung einer Vermutung, bleibt gleichgiltig**). Wenn man das bei den eigent-

oben Gesagten ist dieß nur scheinbar, da bei beiden Arten der Gesetzbestimmungen blos der Beweis erleichtert wird.

*) Vgl. Weber: Verb. z. Beweisf. — und Prof. Unger, Syst. II. §. 130.

**) Die ältere Doktrin hat das Mißtrauen gegen die große Zahl der Vermutungen und deren Anerkennung vornemlich dadurch hervorgerufen, weil sie Vermutungen auch dort fand, wo nichts zu vermuten ist. Daß derjenige, für

lichen Vermutungen Besondere festhält, daß sie mit dem Beweise einer leichter erweisbaren Thatsache sich begnügend, vom Beweise der entscheidenden Thatsache selbst entheben, so kann und muß man die gesetzlichen Vermutungen mit den direkten Beweisvorschriften völlig gleichstellen und kann aus Zusammenhalt derselben die Grundsätze abstrahiren, von denen nach dem Gesetze bei der Beweisaufteilung auszugehen ist und bleibt das Verbot der Generalisirung oder analogen Ausdehnung auf die eigentlichen Vermutungen eingeschränkt, indem nur diese eine rein positive, ganz singuläre Natur aufweisen, während außerhalb die allgemeine Regel geltend bleibt, daß stets Das und zwar ganz bewiesen werden muß, was im concreten Falle zu beweisen ist.

Aber die eigentlichen Vermutungen sind es auch nicht, welche für die Beweistheorie besonders interessiren; ihre Zahl ist sehr beschränkt, sie sind rein positiver Natur und für sie muß man den Ausspruch gelten lassen, womit die principiellen Gegner der Vermutungen diesen überhaupt keine weitere Bedeutung zugestehen wollen, den Ausspruch*), daß es an jedem durchgreifenden Criterium zur Lösung der Frage fehlt, für welche und gegen welche Thatsachen die Vermutung streite, als eben im Gesetz bestimmt ausgesprochen ist. Die eigentlichen Vermutungen lassen sich nicht mehr verwerthen, nicht generalisiren, es lassen sich wohl die guten Gründe angeben, welche das Gesetz zu ihrer Aufstellung bestimmt haben, aber kein allgemeines Princip gewinnen. Um so werthvoller sind die uneigentlichen Vermutungen, wenn es nicht reine Auslegungsregeln oder Begründung bestimmter Vorschriften sind; der Ausdruck oder die Sprachwendung — der Vermutung — kann wegbleiben, die Bestimmung über den Beweis bleibt und muß ebenso berücksichtigt werden, als wäre diese direkt gegeben.

Werden nun die Bestimmungen des bisherigen österr. Privatrechtes im allg. bürg. Ges. Buche durchgesehen, soweit sie direkte oder in Form von Vermutungen gehüllte Beweisvorschriften enthalten; so lassen sich füglich folgende allgemeine Grundsätze abstrahiren, deren Zahl und Form vielleicht eine verschiedene Auffassung gestattet, deren Geltung aber nicht bestritten werden kann:

---

den eine Vermutung spricht, Nichts, wohl aber der Gegner das Gegenteil zu beweisen hat, ist richtig; unrichtig aber ist es, dort, wo das Gesetz für eine Thatsache den Beweis fordert, für das Gegenteil eine Vermutung anzunehmen, während vielmehr das Gegenteil ebenso bewiesen werden muß, wenn und so lange das Gesetz dafür eine Vermutung nicht ausspricht.

*) Vgl. Unger's Syst. II. §. 130, II.

1 [illegible] [illegible] [illegible]

die Ersitzung Geschützte, ohne etwas beweisen zu müssen, ruhig die Klage des frühern Eigentümers und dessen Beweis abwarten kann, selbst aber nur dann beweisen muß, wann er Mehr, als den Besitz erlangen will. Soll aber selbst die principielle Unstatthaftigkeit der Aufforderung des Besitzers anders, als aus dem Wesen des Besitzes, etwa aus der Natur des Aufforderungs-Processes erklärt werden; so wird wohl vergebens zu begründen versucht werden, wie eine Proceßform einen so tiefgreifenden Einfluß auf das Recht selbst gewinnen sollte, da doch die Proceßformen ihre Bestimmungen durchweg vom materiellen Rechte zu erhalten haben! Nach dem Aufforderungs-Processe dürfe nur Der zur Klage auffordern, der im aufgeforderten Processe geklagt werden müßte, dieß sei aber nach dem Wesen der Eigentumsklage nur der Besitzer *). Bei genauer Prüfung der Eigentumsklage zeigt sich aber, daß der Besitz auf Seiten des Geklagten nicht wesentlich ist, daß diese Klage auch zur Abwehr partieller Eigentumsverletzungen bestimmt und daß der Eigentümer oft genötigt ist, auf Anerkennung seines Eigentumsrechtes Jemanden zu klagen, der die als Eigentum angesprochene Sache selbst nicht besitzt. Auch würde diese Wirkung des Aufforderungs-Processes nur für den Sachbesitz, nicht für den Tabular- und nicht für den Rechtsbesitz ausreichen; — endlich flüchtet man doch hinter die positiven Bestimmungen der §§. 323 und 324 a. b. G. B. Sollte es wohl an einem Principe fehlen?

Klar anerkannt ist dieses Princip in der auf die für den Besitz sprechende gesetzliche Vermutung sich berufenden Bestimmung des §. 599 der pr. E. Pr. Ordn. für Ungarn, — nicht minder in dem Hofdekr. v. 15. Jänner 1787, Z. 621 J. G. S. endlich in dem Hofdekr. v. 29. Aug. 1818, Z. 1488 J. G. S. S. 4; — überall dort wird ein Unterschied zwischen Sach- und Rechtsbesitz nicht gemacht und ist die constante Praxis der österr. Gerichtshöfe wohl im Rechte, wenn sie obiges Princip bei jedem Anlasse zur Geltung bringt.

II. Dieses so weit tragende Princip erhält eine große, ebenso im Wesen des Rechtes begründete Beschränkung in dem Folgenden, daß, wer ein Recht behauptet und zu beweisen hat, ohne sich in dessen Besitz oder Ausübung zu befinden, nur die Erwerbung des Rechtes, also die Thatsache, womit das Wesen des Rechtes und das Gesetz den Rechtserwerb, als den eigentümlichen Entstehungsgründen des Rechtes, verbindet, überhaupt oder doch in

*) Vgl. Prof. Randa's Monografie: über den Besitz nach österr. Rechte.

ihrer Richtung gegen die in Anſpruch genommene Perſon (Schuldner, Geklagter) und zwar dieſe Thatſachen ſtets vollſtändig und erſchöpfend zu beweiſen braucht, aber nicht verbunden iſt, auch die Fortdauer des erworbenen Rechtes, das ſeitherige Nichtwiedererlöſchen des Rechtes zu beweiſen; daß insbeſondere, wer aus einem Rechtsgeſchäfte Rechte ableitet, nur deſſen Schließung, d. i. die zur giltigen Schließung erforderlichen Thatſachen vollſtändig, nicht aber auch noch zu beweiſen hat, daß es ſeither nicht bereits erfüllt oder nicht wieder aufgelöſt worden ſei. Das Letztere zu beweiſen, iſt Sache des durch den bewieſenen Rechtserwerb Verpflichteten und hier zeigt ſich wieder der große Unterſchied zwiſchen dem Beſitze eines Rechtes in unſerm Sinne und dem Beſitz mit der dinglichen Natur, wie er gewöhnlich aufgefaßt wird. Hier tritt der Beſitz eines Rechtes auf einer mit dem bewieſenen Rechte auf der andern Seite in Widerſpruch und von dieſem Zeitpunkte an kann der bloße Beſitz nicht entſcheiden. So gewiß das erworbene Recht vom Zeitpunkte der Erwerbung an auch den Anſpruch zur Ausübung enthält; ſo gewiß iſt durch den Beweis des Rechtserwerbes auf einer Seite auch der Anſpruch zur Ausübung des Rechtes außer Zweifel geſtellt, und damit auch ſichergeſtellt, daß die mit dieſer Rechtsausübung unverträgliche eines Andern unberechtigte Anmaßung ſei, ſofern nicht der Beweis geführt wird, daß der behauptete Rechtserwerb blos ſcheinbar iſt, oder ſeine Wirkung bereits wieder verloren hat. — — Bis zum Beweiſe des den Beſitz ausſchließenden Rechtserwerbes kann ſich der Beſitzer auf den Beweis der Thatſache des Beſitzes beſchränken, wenn der Gegner ſie zugeſteht, ſogar über die Klage ohne Gefahr ganz ſchweigen; hat aber der Gegner einen mit dem Beſitz nicht verträglichen Rechtserwerb erwieſen, dann muß der geklagte Beſitzer nicht blos reden, er muß ſich verteidigen, er muß ſein Recht beweiſen*). — Dabei macht es keinen Unterſchied, ob das erworbene Recht in die Claſſe der dinglichen oder die der Forderungsrechte gehört, wann nur der Erwerb ſo vollſtändig iſt, daß der Anſpruch auf ſeine Ausübung begründet erſcheint; die Natur des Rechtes hat nur auf die Frage Einfluß, ob die Rechtsausübung gegen alle Andern, oder nur gegen eine oder mehrere beſtimmte Perſonen einge-

*) Dieſes Princip iſt darum noch nicht identiſch mit dem Proceßgrundſatze, daß der Geklagte über die Klage reden muß und ſein Nichterſcheinen oder Stillſchweigen als Geſtändniß anzuſehen iſt; die Ausführung dieſer Regel gehört in das Proceß-, ſeine Begründung in das öffentliche Recht.

fordert werden kann, was hier ohne Bedeutung bleibt, weil Rechtsstreit und Beweis stets nur zwischen bestimmten Personen geführt wird.

Dieses Princip pflegt ganz richtig auch dahin ausgesprochen zu werden, daß die Partei nur die rechtserzeugenden (rechtbegründenden, positiven oder negativen) Thatsachen, nicht aber auch den Abgang der rechtsverhindernden oder rechtaufhebenden (rechtvernichtenden) Thatsachen zu beweisen habe, wobei die Frage, welche Thatsachen zu der einen und andern Gattung gehören, aus der Natur des Rechtes zu beantworten ist. Die rechtverhindernden und aufhebenden Thatsachen hat Jener zu beweisen, der den Rechtserwerb nicht anerkennen will. Doch muß hier wohl geprüft werden, welche Natur die Thatsache eigentlich hat, weil eine und dieselbe bald zu der einen, bald zu der andern Classe gehört und zum Beweise der rechtsbegründenden Thatsache gar Viel dargethan werden muß, was zugleich den Abgang der rechtshindernden feststellt. Die rechtserzeugende Thatsache muß ihrem ganzen Wesen nach, d. i. vollständig und rücksichtlich aller ihrer Merkmale bewiesen werden, vermöge deren sie den betreffenden Anspruch als gegenwärtig einklagbaren, als gegen den Geklagten gerichteten erzeugen kann, da sie nur unter dieser Voraussezung als rechtserzeugend angesehen werden mag. Manche Merkmale werden ausdrücklich, manche stillschweigend behauptet, ohne daß darum diese an Bedeutung nachstehen würden. Der auf Vertragserfüllung Klagende kann ausdrücklich anführen, behauptet aber durch die Einklagung stillschweigend, daß die gegnerische Verpflichtung unbedingt und ohne Beifügung eines Termines eingegangen, oder aber daß eine etwa beigefügte Bedingung oder der Termin schon eingetreten oder weggefallen. Behauptet nun der Geklagte, es sei eine solche Beschränkung beigefügt worden, und noch nicht eingetreten oder noch nicht weggefallen; so hat Kläger schon früher das Gegenteil, wenngleich nur stillschweigend behauptet und mußte es behaupten, weil (und wann wirklich) darin ein integrirendes Merkmal der sein Recht erzeugenden Thatsache liegt; Kläger ist daher auch dafür, daß nämlich eine solche Beschränkung nicht beigefügt worden, oder daß sie schon erfüllt oder weggefallen sei, beweispflichtig, — gleichviel, ob dann die Bedingung in dem Eintritt oder im Ausbleiben einer Veränderung besteht, ob von der Bedingung oder dem Termine der Beginn oder das Ende des Rechtserwerbes abhängen soll.

Anerkannt ist dieses Princip in allen Gesezstellen, welche für den Fortbestand des rechtlich Begründeten, für die Fortdauer der Wirkungen

ſprechen, ohne einen Beweis über den jeweilig entſcheidenden, eben gegenwärtigen Zuſtand zu fordern; ſo die §§. 17, 23—25, 158, 324, 360, 356, 523, 565, 566, 771, 777, 782, 951, 1128 a. b. G. B.

Doch iſt mit den Begriffen der rechterzeugenden und rechthindernden Thatſachen der Unterſchied der poſitiven und negativen Thatſachen nicht zu verwechſeln; — hier bleibt vielmehr gleichgiltig, ob die Thatſache eine poſitive oder negative iſt*); entſcheidend iſt blos, ob das Geſez oder der Wille der Parteien die Erzeugung oder Zerſtörung, den Verluſt des Rechtes an eine Ereignung, an das Eintreten oder Ausbleiben eines Umſtandes als Wirkung knüpft**). Wie die Anerkennung der Rechtsausübung als ſolcher durch ihr Weſen und das Ausgeſchloſſenſein einer andern Anname (in I); ſo iſt das Genügen des Beweiſes der Rechtserwerbung zur definitiven Behauptung des Rechtes durch die logiſche Regel, daß der aus der Rechtserzeugung zuläſſige Schluß auf Fortdauer des Rechtes ſo lange beſtehen muß, bis er durch einen andern beſeitigt wurde, — die Beweisbedürftigkeit der rechtserzeugenden, dagegen Entbehrlichkeit des Beweiſes der rechtshindernden oder vernichtenden Thatſachen durch eben dieſe Regel und durch die folgende (in III) begründet.

III. Wo Regel und Ausname derſelben in Frage kommen, iſt nicht die Regel, ſondern die Ausname zu beweiſen; es hat nämlich, wer die Regel für ſich geltend macht, nicht dieſe, oder den Abgang der Ausname, ſondern der die Ausname Behauptende deren Daſein zu beweiſen. Was als Regel und was als Ausname anzuſehen, worauf es hier vor Allen ankommt, iſt teils aus dem Weſen der Sache, teils aus dem poſitiven Geſez zu entnehmen.

Für Geltung dieſer Beweisregel ſprechen die §§. 17, 23, 47, 328, 355, 356, 382, 479, 538, 655 a. b. G. B. — überhaupt alle Stellen, welche die ſogenannten Vermutungen für das Regelmäßige, Gewöhnliche und für die naturalia negotii enthalten.

Die Richtigkeit dieſes Principes wird ſelbſt von Jenen anerkannt, die den Beweis mit blos formalen Regeln zu ordnen ſuchen***), und

*) Daß es auf die blos grammatiſche, poſitive oder negative Faſſung des Beweisſazes nicht ankommt, bedarf wohl kaum einer Erwähnung.

**) Die Gegenanſicht — vgl. Rizy: Verbindl. zur Beweisf. — identificirt das juridiſche Verhältniß der Thatſachen zur Begründung oder Aufhebung des Rechtes mit dem der gewöhnlichen Urſache zur Wirkung und überſieht die Eigentümlichkeiten des Rechtes, wobei die Wirkungen durch Geſez oder privat. Willenseinigung beſtimmt werden.

***) Vgl. Unger Siſtem II. §. 130, Note 44 — wo der Kern der ganzen Lehre von der Beweislaſt in dem Verhältniß von Regel und Ausname gefunden,

man könnte sich versucht fühlen, selbst das frühere Princip (in II) auf dieses zurückzuführen, sofern jede Abweichung von der naturgemäßen Erscheinung des ruhigen Besizes bewiesen werden müsse. Doch hat die aus dem Besiz hergeholte Beweisregel an sich eine viel zu große Selbstständigkeit und Wichtigkeit, um unter einen allgemeineren Gesichtspunkt gestellt zu werden. Auch mag die hier besprochene Beweisregel mit Rücksicht auf das nicht genug Abgegrenzte der Begriffe von Regel und Ausname, nicht selten Zweifelhafte dieses Verhältnisses — in manchen Fällen besondere Vorsicht erfordere und die Befolgung der Regel selbst erschweren, während das aus dem Besiz genommene Princip ebenso bestimmt als ausnamslos ist, da denn doch darüber, wer das, was eben angesprochen wird, jezt zu dem Seinigen zählt, lange ein Zweifel nicht bestehen kann.

IV. Eine vierte Regel ist die, daß, wenn der Bestand mehrerer concurrirender Ansprüche bewiesen, wenn das Quale mehrerer concurrirender Ansprüche sichergestellt ist, diese insolange als gleich groß anzusehen sind, bis die Ungleichheit bewiesen wird; das Nämliche muß von den Verbindlichkeiten gelten; dieses Princip findet sich ausgesprochen in §§. 25, 839, 854, 857 a. b. G. B.

V. Ist der Bestand einer Verpflichtung, aber nicht ihr Umfang bewiesen, so ist der möglichst geringe Umfang bis zum Beweise eines größeren anzunehmen. Dieses in der menschlichen Natur, wie in der Erfahrung begründete Princip geben die §§. 915, 975, 1124, 1128 und 1228 a. b. G. B.

Die übrigen Bestimmungen, wo das Gesez aus öffentlichen Rücksichten oder in Betreff besonderer Rechtsverhältnisse singuläre Vermutungen und Beweisnormen gibt, sind mehr nur rein positive Vorschriften, die sich weder auf andere ähnliche Fälle ausdehnen, noch woraus sich allgemeine Grundsäze abstrahiren lassen; sie bleiben besondere Bestimmungen, für die Beweislehre von großer Bedeutung, welche nur dort zur Anwendung kommen, wo die allgemeinen Säze nicht ausreichen oder ausgeschlossen sind.

Die dargestellten Grundsäze bilden den Rahmen, innerhalb dessen nach bisherigem österr. Rechte der Beweis sich halten muß; im Uibrigen reichen zur Regelung des Beweises formelle Normen aus, die sich aus dessen Wesen und Zweck von selbst ergeben, wenn seine Stellung in

dennoch aber diese materielle Bestimmung der formellen Regel, der Behauptende habe zu beweisen, gegenüber, unter die bloßen Ausnamen verwiesen wird.

der Rechtsverfolgung überhaupt und im Rechtsstreite insbesondere in Betracht kommt. Hier beginnt die formale Natur der letztern ihren Einfluß zu üben, während die materiellen Hauptgrundsätze schon erörtert werden müssen, ehe oder ehe an den Streit gedacht wird. Doch handelt es sich hier um Prüfung des Beweises auch in seiner Fortentwicklung im Rechtsstreit, wo unter Beweis nicht so sehr die Summe der Gründe für die juridische Wahrheit, Gewißheit von Thatsachen, und es deutlich ist, als vielmehr die Summe jener Beweishandlungen verstanden wird, wodurch dem Richter diese Gründe der juridischen Gewißheit verschafft werden, die Beweisführung. Dem Richter müssen, weil er von den concreten Verhältnissen nicht Kenntniß hat, die Gründe vorgeführt werden, welche diese Kenntniß bewirken; der Partei muß ein Recht behaupten und beweisen. Das Recht, und selbst ein bestrittenes Recht läßt sich unmittelbar nicht beweisen; immer sind es nur Thatsachen, die sich beweisen lassen, welche bewiesen werden müssen, sei es einzelne oder ganze Inbegriffe von Thatsachen, die endlich Eins bilden. Es frägt sich nun, welche Thatsachen zu beweisen sind?*) Im Allgemeinen läßt sich nur antworten, daß jene Thatsachen bewiesen werden müssen, deren juridische Gewißheit nothwendig, zeitgemäß und genügend ist, um zugleich die Gewißheit von der Existenz des behaupteten oder vertheidigten Rechtes, oder jene von deren Nichtexistenz zu bewirken: welche diese sind, muß aus dem Wesen des Rechtes entnommen werden. Doch ist hierbei festzuhalten, was oben als Grundprincip des Beweises angeführt wurde, daß nämlich der Satz, zu seiner Anerkennung eines Beweises nicht bedarf, daß nur der Beweis über den Erwerb eines denselben ausschließenden Rechtes ihn zu erschüttern vermag, aber auch dazu genügt, daß zum Beweis des Rechtes der Beweis des Rechtserwerbes genügt, daß bei Collision von Regel und Ausnahme diese zu beweisen, endlich bei Zweifel über Gleichheit oder Ungleichheit concurrirender Verpflichtungen die behauptete größere Verpflichtung zu beweisen, daß daher bei zur Herstellung dieser Beweise das Gegentheil des zu Beweisenden anzunehmen ist. Oft werden diese Sätze ausreichen: bleibt dennoch bei deren Anwendung Einiges zweifelhaft, dann ertheilt der letztgegebene formelle Grundsatz das Urtheil, dahin,

*) Es kann nicht genug betont werden, daß hier immer nur von dem sogenannten Vor- oder Hauptbeweise die Rede ist, der geliefert werden soll, bevor noch etwas bewiesen wurde; der Gegenbeweis setzt den schon geführten Beweis voraus und muß stets geführt werden, wenn der Beweis nicht gelten soll.

daß jene Thatsachen zu beweisen, welche nöthig und genügend sind, die Existenz oder Nichtexistenz eines Rechtes gewiß zu machen.

Nur die Frage fordert noch eine weitere Ausführung, ob die Parteistellung im Rechtstreite in dieser Beziehung ohne Einfluß bleibe? Aus der Natur des concreten Rechtes und schon vor dem Streite muß sich entnehmen lassen, was bewiesen werden muß, um dessen Existenz oder Nichtexistenz als gewiß erscheinen zu machen, weil schon entschieden ist, was dabei eines Beweises nicht bedarf. Bringt dann ein Teil die Frage vor den Richter, so ist klar, daß sie jenes, was überhaupt zu beweisen ist, zu beweisen hat; will der Gegner das, was das Gesez ohne Beweis gelten läßt, oder was schon bewiesen wurde, doch nicht gelten lassen; so muß er den Gegenbeweis führen. Ob er oder der andere Teil Kläger oder Geklagter im Streite ist, bleibt gleichgiltig; er hat darum überhaupt nicht, oder doch nicht mehr zu beweisen. Die Parteirolle im Streit ist auf die Beweislast ohne Einfluß.

Im Anschluß an die Aussprüche der römischen Juristen: „actori incumbit probatio", „semper necessitas probandi incumbit illi qui dicit", „excipiendo reus fit actor", stellen die bisherigen österr. Civil-Proceßgeseze an die Spize der Beweislehre den Saz: „Wer ein Factum angeführt hat, er sei Kläger oder Geklagter, der ist schuldig, es zu beweisen (§. 104 a. G. O. und 104 pr. Civ. Pr. O.); doch ist dieser Saz nicht in seiner Allgemeinheit anzunehmen und erhält durch die Bestimmungen des materiellen Rechtes seine Begränzung. Die Behauptungen an sich sind für den Beweis gleichgiltig; sie müssen dem Richter wohl ergeben, welches Recht, ob dessen Bestand oder Nichtbestand in Anspruch genommen wird; hiernach bestimmt er den Beweissaz und damit auch die Beweispflicht, ohne Rücksicht, von wem die dafür entscheidenden Thatsachen angeführt wurden.

Die hier dargestellten Grundsäze über den Beweis gelten überhaupt für das ganze Rechtssistem, daher auch für das Obligationen-Recht; natürlich werden aber einzelne Momente mehr vor, andere in den Hintergrund treten, je nachdem es der Natur des besondern Rechtsgebietes entspricht. Der Zusammenhang aber ist nicht zu verkennen. Davon geben die Arbeiten der Dresdner Commission Zeugniß; sehr häufig ergab sich die Nothwendigkeit, auf die andern Teile des Privatrechtes Rücksicht zu nehmen und manche Bestimmungen gehören so sehr dem ganzen Rechtsgebiete an, daß sie entweder hier bestimmt, dann aber auch für die andern Teile maaßgebend sein, oder aber als dort gegeben vorausgesezt werden mußten. Die Commission that das Leztere

und ergaben sich bei der großen Verschiedenheit der Partikular-Gesetze Lücken, die sich nicht leicht zur allgemeinen Zufriedenheit werden ausfüllen lassen.

Das österr. Gesetz enthält in seinem, dem Obligationen-Rechte gewidmeten Teile (II. Teil, persönl. Sachenrecht) Beweisvorschriften sehr spärlich eingesprengt, nirgends aber auch nur in den allgemeinsten Grundsätzen zusammengestellt.

Der Eingangs citirte Entwurf des allgem. deutschen Obligations-Rechtes hat, wie schon bemerkt, an den einschlägigen Stellen sehr zahlreiche Beweisbestimmungen gegeben, außerdem aber noch unter der Rubrik „Beweis der Verträge" in der Abteilung von der „Entstehung der Schuldverhältnisse aus Schuldverträgen" (II. Abt. 1. Hptst. 6.) drei Artikel zusammengestellt, welche mehrere ausschließlich für Verträge berechnete Beweisregeln enthalten (art. 143—145.). Nach diesen hat, wer aus einem Vertrage Rechte ableitet (als Kläger oder Geklagter), die zu dessen Schließung erforderlichen Thatsachen (d. i. die übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung der Vertragschließenden (art. 41), dann den wirklichen und vollständigen Abschluß des Vertrages (art. 50) und wenn nach dem Gesez (nicht nach besonderer Vereinbarung, art. 137) eine bestimmte Form zur Giltigkeit des Vertrages erforderlich ist (art. 75), deren Beobachtung zu beweisen (art. 143). Leugnet (d. h. widerspricht, denn die Commission sah hierin nicht eine Einrede, sondern eine Verneinung, einen Widerspruch) derjenige gegen welchen aus einem Vertrage Rechte geltend gemacht werden (also nicht blos einer der Vertragschließenden, sondern ebenso ein Dritter, z. B. Erbe, Cessionar, Bürge u. s. w.) die Schließung des behaupteten Vertrages mit dem Zusaze, daß derselbe in anderer Weise, insbesondere unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangs- oder Endtermines geschlossen worden sei, so hat derjenige, welcher aus dem Vertrage Rechte ableitet, zu beweisen, daß der Vertrag so, wie er behauptet, geschlossen worden sei; den Eintritt oder Wegfall der Bedingung hat derjenige zu beweisen, welcher Rechte daraus ableitet (art. 114). Beruft sich derjenige (Kläger oder Geklagter), gegen welchen aus einem Vertrage Rechte abgeleitet werden, auf Umstände, welche die regelmäßige Wirksamkeit der für Schließung des Vertrages geltend gemachten Thatsachen hindern, insbesondere auf den Mangel der persönlichen Vertragsfähigkeit oder der Verkehrsfähigkeit des Vertragsgegenstandes oder der

Uebereinstimmung des Willens mit der Willenserklärung, oder darauf, daß er durch Furcht oder Betrug (ohne Zweifel auch durch Irrtum) zur Eingehung des Vertrages vermocht worden sei, oder auf die Vereinbarung einer zur Schließung des Vertrages erforderlichen Form; so trifft ihn die Beweislast (art. 145).

Die übrigen sehr zalreichen Bestimmungen über den Beweis sind an den verschiedenen zugehörigen Stellen des Gesezes teils in Form sogen. gesezlicher Vermutungen (und zwar dieß der Mehrzal nach), teils direkten Beweisregeln zerstreut. Ihre umständliche Anführung würde die Wiederholung des ganzen Gesezes nöthig machen; sie lassen sich aber, besondere, rein specielle Bestimmungen abgerechnet, nach den obigen allgemeinen Gesichtspunkten zusammenfassen.

So findet die oben gegebene Beweisregel (in III), daß bei Geltendmachung des Rechtes nur die rechtserzeugenden, nicht aber die rechthindernden oder vernichtenden Thatsachen zu beweisen sind, ihren Ausdruck in den Bestimmungen der Art. 128, 132, 159, 297, 299, 1058 und 1061 des Entwurfes.

Die Regel (in III), daß stets das Gewöhnliche, Regelmäßige bis zum Beweis des Gegenteils anzunehmen sei, wird anerkannt in den Art. 297, 308, 1053, dann 46, 146, 149, 172, 226, 239 253, 254, 264, 266, 278, 488, 641, 797, 829, 832, 835, 830, 833, wo übrigens stets die Zuläßigkeit des Beweises der Ausname durch die Natur des Dispositiv-Gesezes begründet ist.

Nicht minder zalreich sind die Bestimmungen, welche die Anname der Gleichheit concurrirender Ansprüche bis zum Beweise einer Ungleichheit vorschreiben und so die obige Regel (in IV) bestätigen; so in den Art. 14, 232, 234, 268, 347, 742, 840, 854, 906, 910, 914, 921, 1006.

Die lezte der obigen Regeln (in V) findet Anerkennung in allen Bestimmungen, womit entweder zur Anname der Verpflichtung überhaupt, oder der größern Verpflichtung der Beweis gefordert wird; so die Art. 33, 42, 184, 6, 46, 115, 116, 150, 172, 184 und 208, 204—207, 226, 239, 250, 256, 264 und 266, 268—270, 272, 278, 343, 377, 398, 469, 477, 478, 497, 537, 578, 579—581, 607, 635, 646, 666, 719 und 729, 721, 723, 724, 747, 788, 790, 792, 794, 845, 1019.

Der Entwurf enthält dann noch viele andere Beweisvorschriften, die sich in ähnlicher Weise auf allgemeine Säze zurückführen ließen; so für die Giltigkeit und Aufrechthaltung geschlossener Geschäfte die

Art. 52, 54, 57, 74, 104, 116, 138, 142, 149; — für strengere Beurteilung des widerrechtlich Handelnden in Art. 233, 241, 267, 326, 796 u. a.

Endlich finden sich dort noch viele Bestimmungen, die einen mehr singulären Charakter haben, obzwar immerhin auch gewisse allgemeine Gesichtspunkte erkennen lassen, so z. B. die Art. 155, 164—167, 185, 205, 207, 227, 232, 261, 274, 342, 349, 359 u. v. a.

Nicht unwichtig für das rechte Verständniß ist die Genesis der Entwurfsbestimmungen. Nachdem bei der durch drei Sizungen fortgesezten Debatte (33., 43. und 44. Sizung) zunächst eine lange Begründung der Aufname der Bestimmungen über die Beweislast in das materielle Recht entgegengenommen, wurden die bezüglichen Hauptregeln discutirt. Im Anschluß an die neuere Doktrin die Frage: „wer zu beweisen habe?" in jene: „was zu beweisen sei?" auflösend, einigte man sich auf die schon oben, wesentlich übereinstimmend ausgesprochene formelle Regel: „daß jeder Teil Das, was er zur Begründung (als Grundlage) seines Anspruches behaupten muß, was zur sogenannten Substanziirung des Klagegrundes oder des einredlichen Gegenanspruches gehört, auch beweisen müsse, und daß jeder Teil nur jene Thatsachen anzuführen und zu beweisen habe, die an und für sich und nach ihrer regelmäßigen Wirksamkeit den geltend gemachten Anspruch zu begründen, das behauptete Recht zu *erzeugen* geeignet sind; daß dagegen besondere Umstände, welche die regelmäßige Wirksamkeit einer juristischen Thatsache verhindern, wie auch die rechtsvernichtenden, die das entstandene Recht wieder aufheben, der Gegner zu behaupten und zu beweisen habe. Was unter der einen und andern dieser Gruppen von Thatsachen zu verstehen, ist in den Art. 143—145 ausgesprochen worden. Man war wohl mit der obigen Regel im Allgemeinen einverstanden, nicht so aber in ihrer Anwendung; es wurden Stimmen laut, welche die Unterscheidungsmerkmale der Thatsachen anders auffaßten. So wollten sie wohl in der dem Klagsanspruch entgegengesezten Behauptung des *gänzlichen Mangels* der subjektiven oder objektiven Vertragsfähigkeit eine den Kläger zum Beweis nöthigende Negation; in der Behauptung eines bloßen Mangels *an* der persönlichen oder objektiven Fähigkeit eine zum Beweis verpflichtende Einwendung erblicken. In der Behauptung einer Bedingung überhaupt oder eines Endtermines erblickte man eine bloße Negation, die neuere Doktrin und Praxis für sich anführend; andere wollten nur bei Behauptung einer aufschiebenden Bedingung und eines Anfangstermines eine den Kläger zum Beweis der

Unbedingtheit und Unbetagtheit des Geschäftes nöthigende Negation; in der Behauptung einer Resolutiv-Bedingung und eines Endtermines dagegen eine vom Geklagten selbst zu beweisende Exceptio finden; noch Andere erklärten, sich auf die Ansicht von Savigny, Wächter, Puchta, Böcking u. a. berufend den, welcher eine Bedingung oder Fristung überhaupt behauptet, dafür beweispflichtig, weil für Unbedingtheit und Unbetagtheit des Geschäftes eine Vermutung streite; damit berührten sie eine wunde Stelle und bekamen die ganze große Zal derer gegen sich, welche principiell gegen alle Vermutungen sind und viele Bestimmungen vielleicht blos darum nicht annehmen wollen, weil sie in Form von Pseudo-Vermutungen gegeben werden.

Eine erschöpfende Besprechung der Lehre von der Beweislast würde noch die Erörterung vieler Fragen, insbesondere jener erfordern, bei welchen die Beweisaufteilung seit Langem controvers ist; so bei der sogen. negatorischen Servitutsklage (in Verbindung mit der rei vindicatio und actio Publiciana), bei bedingten und betagten Geschäften u. s. m. a.; indeß würde jede einzeln eine besondere Abhandlung füllen, zumal wenn auf die verschiedenen seither geäußerten Ansichten eingegangen werden wollte; dieß verbietet hier der Raum.

Sollten wir das über den Beweis Gesagte zusammenfassen und versuchen, es in einen Gesezesentwurf einzupassen; so könnte dieß in besonderer Beziehung auf Schuldverhältnisse, also in einem Abschnitte vom „Beweis bei Schuldverhältnissen" mit folgenden Säzen geschehen:

Art. Um sich in der Ausübung des Rechtes zu erhalten, braucht der Ausübende nicht zu beweisen, daß und wie er das Recht erworben, welches er ausübt; dieser Beweis wird erst erforderlich, wenn ein Anderer sein Recht beweist, welches mit jener Ausübung nicht vereinbar ist.

Art. Wer ein Recht zu beweisen hat, das er noch nicht ausübt, muß die Erwerbung desselben beweisen; insbesondere muß, wer aus einem Schuldverhältnisse Rechte ableitet, die zu dessen Zustandekommen gesezlich erforderlichen Thatsachen, insbesondere die Beobachtung der zur Giltigkeit geforderten bestimmten Form beweisen.

Art. Umstände, welche die regelmäßige Wirksamkeit der für das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes geltend gemachten Thatsachen hindern, insbesondere der Mangel der persönlichen Vertragsfähigkeit des Gegenstandes, oder der Uibereinstimmung des Willens mit dessen Erklärung, oder der Umstand, daß das Geschäft durch Furcht oder Betrug bewirkt worden, oder die Vereinbarung einer besondern Form, ebenso auch jene Thatsachen, welche die Wirksamkeit der für das Zu-

ſtandekommen des Geſchäftes geltend gemachten wieder aufheben würden, ſind von Demjenigen zu beweiſen, welcher ſich darauf beruft.

Art. Leugnet Derjenige, gegen welchen aus einem Geſchäfte Rechte geltend gemacht werden, deſſen Abſchluß mit dem Zuſaz, daß dasſelbe in anderer Weiſe, insbeſondere unter einer aufſchiebenden oder auflöſenden Bedingung, oder unter Beifügung eines Anfangs- oder Endtermines geſchloſſen worden, ſo hat Jener, der Rechte aus dem Geſchäfte ableitet, zu beweiſen, daß dieſes ſo, wie er behauptet, geſchloſſen, beziehungsweiſe, daß die Bedingung oder der Termin eingetreten oder weggefallen ſei.

Art. Wenn ſich auf eine geſezlich anerkannte Regel berufen wird, ſo muß die behauptete Ausname von derſelben bewieſen werden.

Art. Wenn der Beſtand mehrerer zuſammentreffender Anſprüche bewieſen iſt, muß deren gleiche Größe bis zum Beweiſe eines andern Umfanges angenommen werden.

Art. Iſt eine Verpflichtung, jedoch nicht zugleich ihr Umfang bewieſen, ſo iſt der möglichſt geringe Umfang bis zum Beweiſe eines größeren anzunehmen.

VIII.

Ueber berggerichtliche Schäzungen.

Vom Hrn. Dr. Johann Swoboda, k. k. Kreisgerichtsrathe in Eger.

Einen beachtenswerthen Zweig des gerichtlichen Verfahrens in und außer Streitsachen bilden Schäzungen, d. i. Werthserhebungen bestimmter Gegenstände; gleichwol bestehen über den eigentlichen Vorgang bei der Werthserhebung keine Normen, weder für den Leiter derselben noch auch für die Sachverständigen. Der §. 323 der a. G. O. verweist auf die Bestimmungen des XVII. Kap., in dem der §. 201 verordnet, daß die Schäzleute „den wahren Werth anzeigen sollen", er enthält aber keine Silbe darüber, nach welchen Grundsäzen sie den wahren Werth zu ermitteln haben. Der §. 273 der gal. G. O. enthält die gleiche Vorschrift und nur den Beisaz: „bei den unbeweglichen Gütern aber ist vorzüglich auf das wahre jährliche Erträgniß Rücksicht zu nehmen".

Da für berggerichtliche Schäzungen weder das Patent vom 1. Nov. 1781, Nr. 27 der J. G. S., noch auch das Berggesez vom 23. Mai 1854, Nr. 146 des R. G. B. — wo der §. 254 nur den Umfang derselben begrenzt — besondere Bestimmungen enthält — die Natur der Bergbauobjekte aber eine solche erheischt, so wollen wir, zumal derzeit an die Neugestaltung des Streitverfahrens Hand angelegt werden soll, diesen Gegenstand in Anregung bringen, Wahrnehmungen, wie sie uns die berggerichtliche Praxis geboten, darlegen und einige Gesichtspunkte zur richtigeren Werthserhebung andeuten. Denn die Grundsäze, von welchen die Sachverständigen bei der Werthsermittelung von Montanwerken ausgehen, bilden den Kernpunkt der Schäzung und den Gradmesser des inneren Gehaltes eines Schäzungsoperates.

Die Erfahrung lehrt, wie schwankend und willkürlich oft von den Sachverständigen der Werth eines Gegenstandes bemessen wird, Beschwerden, Klagen, ja sogar Verdächtigungen gegen Sachverständige erhoben werden und doch ist der Fehler zumeist in dem Mangel fester, gleichförmiger Grundregeln für die Werthbestimmung zu suchen, daher statt Einheit Zerfahrenheit in der Anwendung von Regeln und Maßstäben der Werthsberechnung und in deren Folge Ungleichförmigkeit in den Endergebnissen.

Die prov. Civ. Pr. Ord. vom 3. Mai 1852 enthält in den §§. 224—229 leitende Maßregeln, die auf richtigen Grundsäzen beruhen, und für berggerichtliche Schäzungen theilweise, bei Schäzungen anderer unbeweglichen Güter aber selbst diesseits der Leitha anwendbar sind, weil ihre Giltigkeit vom österr. Gesezgeber anerkannt wurde und andere mangeln. Sie werden auch in dem Nachfolgenden die geeignete Berücksichtigung finden.

Gebäude, Felder, Aecker, Wiesen und Wälder stellen sich der Beobachtung in ihrem vollen Umfange bis auf die geringste Einzelheit und Eigenthümlichkeit, in Absicht auf Raum und Eigenschaft, dar, die Beurtheilung ihres Werthes kann mit vollster Gründlichkeit ausgeführt werden. Nicht so Bergwerke, bei denen nur das Grubenmaß eine feste und sichere Größe bildet, keineswegs aber der eigentliche unsichtbare Inhalt des Grubenfeldes, das häufig blos an einzelnen Punkten aufgeschlossen und der Prüfung blosgelegt erscheint; daher kann von vornherein schon nur ein wahrscheinlicher, keineswegs aber ein relativer oder gar absoluter wahrer Werth derselben festgestellt werden.

Die eigenste Natur des Bergbaues gibt an sich schon Veranlassung zur Aufstellung verschiedener Methoden der Werthbestimmung. Es fehlt in der That nicht daran, Fachmänner und selbst Rechnungskundige haben mehr oder weniger scharfsinnige Anweisungen hierüber geliefert [1]).

Oeynhausen in Dortmund (Karsten, Archiv 1822, S. 306) beantragt für die Werthsermittelung von Steinkohlenzechen nach dem Erträgnisse die Erhebung und Feststellung folgender Momente:

---

[1]) Karsten, Archiv für Bergbau u. Hüttenkunde, V. 1822, S. 306; XVIII. 1829, S. 13. Karsten, Archiv für Mineralogie ꝛc. VIII. 1835, S. 154. Oesterr. Zeitschrift f. Berg- u. Hüttenwesen. 1853 Nr. 33. 1854 Nr. 22. 1860 Nr. 41. 1861 Nr. 43 u. 44; A. öst. Berg- u. Hüttenkalender 1862. (Schmidt); Berg- u. Hüttenmann. Jahrbuch 1863. S. 154 fg. Prof. v. Müller.

1. Berechnung des anstehenden Kohlenquantums aus der abzubauenden Feldeslänge, Pfeilerhöhe und durchschnittlichen Mächtigkeit des Flözes, beziehungsweise der reinen Kohle.

2. Veranschlagung des Zeit- und Kostenaufwandes zur Ausrichtung, d. i. Vorbereitung des Flözes zum wirklichen Abbaue.

3. Ermittelung der jährlichen Kohlenerzeugung und des Verkaufspreises für eine Gewichtseinheit und Sorte der Kohle nach den wahrscheinlichen Absatzverhältnissen.

4. Berechnung der wahrscheinlichen durchschnittlichen Gestehungskosten für eine Gewichtseinheit der Kohle.

5. Feststellung der jährlichen Grubenausbeute d. h. des Ueberschusses vom Werthe der jährlichen Kohlenproduktion nach Abzug ihrer Gestehung.

6. Berechnung des Kapitalswertes (S) der eine Anzal (n) von Jahren dauernden Jahresausbeute (A) bei 10% Verzinsung nach der Formel $S = 10\,A - 11\left(\frac{10}{11}\right)^{2+1} A$.

Hans Tasche in Salzhausen (öst. Z. B. u. H. 1860 Nr. 41) gibt für den gegenwärtigen Kapitalswerth (S^o) einer Minerallagerstätte nachstehende Formel:

$$S^o = \frac{Av}{t} + \frac{Av}{t\left(\frac{1+p}{100}\right)} + \frac{Av}{t_2\left(\frac{1+p}{100}\right)} \cdots \frac{Av}{t_n\left(\frac{1+p}{100}\right)^{n-1}}.$$

Gustav Schmidt (Kalender 1862. S. 76 fg.) gliedert die zu erhebenden Objekte in:

a) das Mineralgut, welches die zu gewinnenden Mineralschätze umfaßt;

b) das Spekulationsgut, welches alle Objekte, welche für den Zweck des Bergbaubetriebes irgendwie verwendet werden sollen, umschließt, dahin rechnet man das Anlags- und Betriebskapital;

c) das Verwerthgut, wozu alle Objekte, die mit dem projektirten Bergbaubetriebe in keinem unmittelbaren Zusammenhange stehen und für alle Bewohner dieser Gegend den gleichen Tauschwerth haben, z. B. verpachtete Grundstücke u. dgl. gehören, und stellt $W = A - B. + C$ und $W = a + b$, wobei A den gegenwärtigen Kapitalswerth der Bergbaurente, C den des neu hinzuzufügenden Spekulationskapitals am Ende des Werksbetriebes bedeutet, a und b den Werth des Anlags- und Betriebskapitals für den Auflassungsfall vorstellt.

Dann nach dem Erträgnisse $K = \frac{100}{p+q} R$, wobei K das Kapital, p den Zinsfuß, q die zur Amortisirung des Kapitals nothwendigen Perzente und R die Renten bedeutet. Hiezu hat er eigene Tabellen beigefügt.

Bevor wir in eine nähere Erörterung dieser Vorschläge und Formeln eingehen, wollen wir mit Bedachtnahme auf die §§. 214 Z. 2. 3. 4. 5., 225, 228 und 229 d. u. s. C. P. O. den äußeren Vorgang bei berggerichtlichen Schäzungen darlegen.

Vor Allem müssen: das verliehene Feld nach seinem ganzen Umfange wie es die bergbehördliche Verleihungsurkunde und Mappe vorstellt begangen, die Gruben befahren, die Gebäude, Vorrichtungen untersucht, die Betriebsphasen erhoben, die Beschaffenheit des Minerals, sein geognostisches Verhalten, seine Mächtigkeit, kurz alle jene Momente sichergestellt werden, welche mit Rücksicht auf das Vorkommen, technische Verhältnisse, bisherige Manipulation und Absazquellen Anhaltspunkte zu dem Schlusse liefern, ob und welche Zukunft dem Werke bei gewöhnlichem Betriebe bevorstehe oder ob es aufzulassen sei.

Nach den hieraus gewonnenen Daten richtet sich die Beantwortung der Frage, ob das Montanobjekt

A. nach seinem Erträgnisse,

B. nach anderen Momenten oder

C. blos als Schurffeld zu schäzen komme.

A. Schäzung nach dem Erträgnisse.

Fällt der Ausspruch auf die Rentabilität des Werkes aus, d. h. steht das Werk in einem solchen Gesammtverhältnisse, daß es nach allen Umständen während eines ungefähren Zeitraumes mit einem entsprechenden Gewinne lohnen werde, dann sind die zur Bewerthung desselben nothwendigen Voraussezungen zu erheben und sicherzustellen, und zwar:

1. Die Jahresrente.

Um diese zu finden, muß vor Allem der Inhalt des in dem verliehenen Grubenmaßen vorhandenen Minerals nach geognostischen Grundsäzen und bergmännischen Erfahrungen — wozu auch das allenfalls in den anrainenden Grubenfeldern ermittelte Vorkommen als Coeffizient benüzt werden soll — nach der aus den vorhandenen Aufschlüssen und etwaigen Bohrungen, über das Streichen und Verflächen dann die

Mächtigkeit des Minerals gewonnenen Anhaltspunkten ermittelt und ziffermäßig dargestellt werden.

Hierauf wird mit sorgfältiger Beachtung der Ortsverhältnisse, Absatzwege, vorhandenen Vorräthe von Zwischen- und Endprodukten, Konkurrenzverhältnissen u. s. w., des Verkaufspreises am Werksorte und zwar im Gegensatze zu der Norm des §. 228 d. C. P. O. nicht nach dem Durchschnitte der 6 vorangegangenen, sondern, weil sich der Mineralinhalt des Werkes mit jedem Betriebsjahre mindert, aber doch unter dessen Beachtung, „bei regelmäßiger Benützung" der Mitteln — der kommenden 6 oder 5 Jahre, die wahrscheinliche Jahreserzeugung ermittelt und diese mit dem übereinkömmlichen Faktor 10 multiplizirt werden.

Hiebei bilden die Produkzionsgröße und Produkzionszinspreise die wichtigsten Posten des Ertrags, bei deren Ermittelung mit der größten Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vorgegangen und jeder Umstand, der auf ihre Höhe Einfluß üben kann, in genaue Erwägung gezogen werden muß.

Von dem ermittelten Bruttoertrage sind in Abzug zu bringen

1. Die Gestehungskosten[2]). Diese zerfallen nach den einzelnen Werkszweigen

a) die Kosten der eigentlichen Erzeugung, als bei dem Bergbaue: Geding- und Schichtenlöhne bei der Erhauung und beim Versetzen u. s. w. mit Zuschlag der verbrauchten Materialien; bei der Aufbereitung; bei Hütten- und Raffinirwerken, Maschinen;

b) Erhaltungskosten. Bei dem Bergbau: Erhaltung der Schächte, Stollen und Streken, der Förderbahnen, Hoffnungsbaue und Schürfungen, Wasserhaltungskosten u. s. w.; bei Pochwerken: Erhaltung derselben dann der Sortier-, Sez- und Schlämmvorrichtungen, Maschinen, Gebäude u. s. w.; bei den Hütten: Zustellung und Umbau der Oefen, Erhaltung der verschiedenen Maschinen, als: Gebläse, Hammerschläge, Walzlinien u. s. w.;

c) die Zweigregie und Gesammtverwaltung;

d) Maßen- und Einkommensteuer.

2. Das Anlagskapital, darunter ist das bewegliche und unbewegliche Gesammtinventar verstanden und umfaßt das Gezähe, die Maschinen, Hunde, Gründe zum Haldensturze, Gebäude für Beamte und Hutleute, Scheidestuben, Schachtanlagen u. dgl., selbst für den Bergbau vorbehaltene Wälder.

[2]) S. v. Müller a. a. O., S. 196.

Bei der Feststellung des raisonmäßigen Betriebes des zu schäzenden Werkskomplexes zum Behufe der Ermittelung der Jahresrente müssen auch die hiezu erforderlichen Inventurstücke und deren Geldwerth erhoben werden, womit das Anlagskapital zum ziffermäßigen Ausdrucke gelangt. Dieses Kapital bildet dann das Mittel zur Erzielung der Jahresrente. Die vorhandenen Inventurstücke müssen zwar genau beschrieben und taxirt werden, damit hieraus ersichtlich werde, welchen Werth sie haben und was zum ordentlichen Betriebe davon abgehe, daher noch beigeschafft werden müsse; sie können jedoch der erhobenen Rente nicht zugeschlagen werden, sondern der ziffermäßig anzusezende Abgang bildet vielmehr eine Abzugspost der kapitalisirten Jahresrente.

Das Verfahren der Amortisirung des Anlagekapitals führt zu Willkürlichkeiten, ist daher bei Bergbauschäzungen nicht zu empfehlen.

Mit der Verwendung des s. g. Anlagskapitals ist erst der nothwendige fundus instructus des Werks beigeschafft; um aber das Werk in Betrieb zu sezen oder darin zu erhalten, ist ein weiterer Aufwand erforderlich, nämlich der Betriebsfond oder

3. das thatsächlich erforderliche Betriebskapital nach dem gegenwärtigen Umfange des Werkes zu bemessen, bei dessen Zifferbestimmung auf das in gewissen Perioden zu erfolgende Rükfließen des Geldes aus der Veräußerung der Erzeugnisse der sorgfältigste Bedacht zu nehmen ist.

Da das Betriebskapital auch als Betriebsmittel erscheint, so bildet es bei dem Werthanschlage eine negative Größe. Zum Betriebskapitale gehören die in den Werkstätten vorhandenen Holz- und Eisenmaterialien, Erzhalden, Zwischenprodukte, wie: Scheideerze, Pochgänge, Schlämme, vorräthige Endprodukte. Diese müssen, wie die Inventurstüke, abgesondert angeführt, beschrieben, geschäzt und von dem erhobenen Betriebskapitale in Abzug gebracht werden.

Handelt es sich nicht um eine zwangsweise Schäzung, sondern um eine Verlassenschaftsinventur, dann sind auch die Werksaktiva und Passiva zu erheben und besonders anzusezen. Nach diesen Andeutungen wäre der Werth (W) des Werkes nach folgender Formel zu bestimmen[3]):

$W = R - B - E + A$[4]) und bei Verlassenschaftsinventuren

$W = R - B - E + A - P.$

---

[3]) v. Müller a. a. O., S. 201.

[4]) Die Werksaktiven bei freiwilligen und zwangsweisen Schäzungen mit Ausschlus der Geldforderungen, also blos die Produkte.

Dabei bedeutet R die kapitalisirte Jahresrente;
B das nöthige ganze Betriebskapital; } beide nach der dermaligen Aus-
C das nothwendige ganze Anlagskapital; } dehnung des Betriebes bemessen;
D den Werth des wirklich vom Anlagskapitale Vorhandenen;
E = C° — D der Werth des vom Anlagskapitale noch Abgängigen, einschließlich der Entwerthung des davon Vorhandenen seit der ersten Anschaffung;
A die Summe aller Werksaktiven (den Werth aller am Werke vorhandenen Materialien, Roh-, Zwischen- und Endprodukte, dann bei Verlaßinventuren die Geldaktiven);
P die Summe aller Werkspassiven;
W der zu findende Schäzungsbetrag.

B. Schäzung nach anderen Momenten.

Ergeben alle erhobenen individuellen Daten des Werkes, daß der gegenwärtige Ertrag der darauf verwendeten Betriebskosten in einem mißgünstigen Verhältnisse steht, gleichwol aber unter anderen Modalitäten oder bei schwunghafterem Betriebe sich günstiger gestalten würde, weil sich die vorhandenen Mitteln edel beleuchten und neue Absazwege zu finden sind, dann muß von der Ertragstheorie abgesehen und das Werk lediglich nach dem Werthe des Anlags- und Betriebskapitals geschäzt werden, wobei sich der Schäzungspreis mit $W = B + D$ herausstellt.

C. Schäzung der Schurffelder.

Das Schurfrecht gewährt nach §. 13 des Berggesezes vom 23. Mai 1854, Nr. 146 des R. G. B., die Anwartschaft auf das Eigenthum des zu entblößenden Minerals, bildet einen Gegenstand des Verkehrs, ist somit, gemäß §. 303 des a. b. G. B., schäzbar. Da aber bei gerichtlichen Schäzungen zufolge §. 306 des a. b. G. B. in der Regel nur der gemeine Werth der Sache zu erheben ist, so entsteht die Frage nach welchen Grundsäzen dies zu erfolgen habe.

Ist auf irgend einem Punkte ein Aufschluß vorhanden, dann kommt der Schurf als beginnender Bergbau in Betracht und ist — nach den entwickelten Grundsäzen — mit anticipirten, auf den Betriebsplan gegründeten Ziffern, als solcher zu bewerthen. Im Gegenfalle und beim Abgang bekannter Schurfpreise, aber aus geognostischen Gründen und anrainenden Bauen gezogenen Schlüssen auf in Aussicht stehende Höf-

lichkeit des Minerals, mit Rükſicht auf den Werth des wirklichen Koſtenaufwandes zu veranſchlagen.

Nach den Beſtimmungen der §§. 253—257 des Berggeſ. ſind von der Bergbehörde entzogene und auf Verlangen eines Hypothekargläubigers auch aufgelaſſene Gruben- und Tagmaßen (§§. 263—265 B. G.) gerichtlich zu ſchäzen und feilzubieten.

In ſolchen Fällen findet man gewöhnlich verbrochene, unfahrbare Schächte und eingegangene Stollen, taube Halden u. dgl., bei freiwilligen Auflaſſungen preßgehauene Baue.

Derlei Grubenmaßen haben die Vermutung der Unbauwürdigkeit gegen ſich und demungeachtet ſollen ſie geſchäzt werden. Nach welchem Maßſtabe?

Der Freifahrung muß aber doch ein Fund vorgelegen ſein, weil ſonſt keine Belehnung erfolgt wäre. Alſo iſt auf die Wahrſcheinlichkeit eines Mineralvorkommens zu ſchließen, deſſen Mächtigkeit aber und folgerecht Bauwürdigkeit nicht erhebbar.

Bei aufgelaſſenen Gruben mit verhauten Erzmitteln und erfolglos gebliebenen Schürfungen oder Bohrungen kann nur die Frage angeregt werden, welchen Werth die Auskuttung der vorhandenen Halden bieten würde und um welchen Betrag das allfällige Inventar abzuſezen wäre, und dieſe zwei Größen würden den Schäzungspreis liefern.

Nach Maßgabe der Ortslage der eingezogenen Zeche, der geognoſtiſchen Verhältniſſe, des Beſtandes vorhandener Schächte und Stollen, ihrer Verwendbarkeit für den Fortbetrieb, der Wahrzeichen eines Vorkommens von Mineralien iſt ſie mehr oder weniger in die Reihe der Schurffelder zu ſtellen und nach den angegebenen Grundſäzen zu bewerthen.

Iſt aber durch die Länge der Zeit — wie dies häufig vorkommt — jede Spur eines Abbaues verwiſcht, die Halde verſchwunden und ihre Spur mit Gras gedeckt oder der Grund einer anderen Kultur zugeführt, dann fehlen alle Anhaltspunkte einer objektiven Werthsbeſtimmung und weil das Grubenmaß dennoch gerichtlich geſchäzt und feilgeboten werden muß; ſo kann nur in Erwägung gezogen werden, welchen Werth die Erwerbung einer ſolchen Grube für den Erſteher haben kann. Dabei muß beſonders hervorgehoben werden, daß wenn ſich kein Käufer findet, das verliehene Grubenmaß gemäß §. 259 des B. G. ins Freie fällt und es der Kaufluſtige durch Muthung und neuerliche Verleihung unmittelbar erwerben kann. Für den Erſteher haben daher ſolche Grubenmaßen in der Regel keinen höheren Werth als der Koſten-

aufwand einer unermittelbaren Erwerbung nach der bergbehördlichen Auflassung und dieser besteht in den Auslagen für Stempeln, Porti, das Gesuch und die Freisahrung, sie können demnach u. E. auch nicht höher geschäzt werden. Die übliche Annahme der Kommissionskosten der zwangsweisen Schäzung als Basis der Werthbestimmung, durch den Zufall der räumlichen Entfernung bedingt, ruht auf keinem durchgreifenden Grundsaze und hat — nach dem Dargelegten — keinen praktischen Nuzen. Gewöhnlich kommt zur Feilbietung Niemand und der Justizetat (!) wird mit dem Kostenaufwande erfolglos belastet.

IX.

Die Tiroler Landesordnung vom Jahre 1526*)

auch genannt die Bauernlandesordnung.

Vom Herrn Dr. J. Oberweis, Prof. der Rechte an der Universität Innsbruck.

Dritter Abschnitt.

Strafrecht.

Tirol hatte bis zum letzten Jahre des 15. Jahrhunderts kein selbständiges Gesetzbuch über Strafrecht und Strafprozeß; nur in den Stadt- und Dorfrechten und andern Rechtsquellen des Mittelalters kommen einzelne strafrechtliche Bestimmungen vor. Das ganze Strafrecht, sowohl der s. g. materielle Theil als das Verfahren beruhte lediglich auf dem altdeutschen Gewohnheitsrechte, die Strafbestimmungen hingen in der Regel ausschließlich vom Ausspruche der Gerichte ab und entbehrten einer festen gesetzlichen Grundlage. Es hatten sich nun auf dem Gebiete der Strafrechtspflege in ganz Deutschland allmälig so viele Gebrechen und Mißbräuche aufgehäuft, daß Kaiser Maximilian I. auf dem im Jahre 1498 zu Freiburg in Breisgau abgehaltenen Reichstage die Abfassung eines allgemeinen Strafgesetzbuches für das ganze deutsche Reich eifrigst betrieb; es wurde nun zwar auf allen folgenden Reichstagen darüber gesprochen und verhandelt, aber erst im Jahre 1532 auf dem Reichstage zu Regensburg kam die peinliche Halsgerichtsordnung die s. g. Carolina zu Stande. Tirol dagegen erhielt schon

*) Fortsetzung aus dem 1. Hefte des 17. Jahrganges.

1499, also früher als irgend ein anderes deutsches Land ein selbständiges strafrechtliches Gesetzbuch, die s. g. Malefizordnung; diese wurde erlassen von Max I. am St. Andreastage (30. November) 1499 nach erfolgter Zustimmung des Landtages. Die Bestimmungen der Malefizordnung sind größtentheils und dem Wesen nach auch in die Landesordnung vom Jahre 1526 übergegangen, nur Einzelnes wurde geändert, beziehungsweise verbessert.

Es ist wohl selbstverständlich, daß man gesetzliche Bestimmungen über die allgemeinen feineren Lehren des Strafrechtes, als: Versuch, Mitschuld und Theilnahme, Zurechnungsfähigkeit u. dgl. in der Landesordnung von 1526 nicht suchen darf; gesetzliche Bestimmungen über solche Materien setzen den Bestand und befruchtenden Einfluß einer Wissenschaft des Strafrechtes voraus, wovon damals noch keine Rede sein konnte. Wir begegnen lediglich einer Aufzählung von strafbaren Handlungen, wobei im Gegensatze zur Malefizordnung eine schärfere Absonderung der Verbrechen von den geringeren Uebertretungen theilweise wahrzunehmen ist, dann dem rohen Charakter der Zeit entsprechenden sehr strengen, oft grausamen Strafbestimmungen.

Was nun die einzelnen in der Landesordnung aufgeführten strafbaren Handlungen betrifft, so wurde der Mörder mit dem Rade bestraft [124]), die Kindsmörderin lebendig begraben und ein Pfahl durch sie geschlagen [125]). Der freventliche Todtschläger sollte in der Regel enthauptet werden [126]), jedoch auch im Falle einer Begnadigung sollte diese, sowie ein sicheres Geleit, erst nach Ablauf eines Jahres und zwar mit Zustimmung der Blutsfreunde des Getödteten gewährt werden [127]). Auch war der freventliche Todtschläger vom Asilrechte ausgeschlossen [128]).

[124]) B. 2. Th. 1. R. 18. „Ain yeder mörder soll mit dem Rad gerichtt werden."

[125]) B. 2. Th. 1. R. 26. „Ain Fraw, die ain Kind verthuet, soll lebendig in das Erdtreich begraben und ain Phahl durch Sy geslagn werden."

[126]) B. 2. Th. 1. R. 38. „Der Todsleger halben nachdem der vil und zu zeiten umb liederlich Sachen, auch Wörtlichen beschehen, ist Unnsre will und mainung, das die nicht so liederlich begnadt, sunder mit Strenngkait des Rechten mit dem Swert gerichtt sollen werden."

[127]) B. 2. Th. 1. R. 39. „Es sollen die fräuentlichen Todtsleg vor ainer Jarzeit weder durch Unns, noch der Thäter Herrschaften, noch der Entleibten Freundtschafft hinfüro nit verglait, gesichert, noch begnadt werden; deßgleichen nach söliher Zeit auch nicht, dann mit Unnserm als Herr und Lanndtsfürsten oder unnsre Lanndtsregierung gunst und vorwißen umb des Entleibten Freündtschafft willen."

[128]) B. 2. Th. 1. R. 46. „Wir setzen und ordnen auch, daß hinfüro allain die Redlichen und unbedächtlichen Todtsleg, auch die, so sich zu gegenwör begeben, und sonst annderer Erlicher Sachen, an den Enden, da bißher Freyung gewesen, derselben Freyungen fähig sein sollen, Unnd das die, so die Todtsleg

Der Todtschläger aus Nothwehr wurde milder behandelt [129]) und wurde in solchem Falle die der Familie des Getödteten zu bezahlende Entschädigungssumme mit Rücksicht auf das Vermögen des Thäters von der Obrigkeit bestimmt [130]).

Wie überhaupt im altdeutschen Strafrechte, so umfaßte auch hier der Begriff des Verrathes mehrere strafbare Handlungen, deren gemeinschaftliches Merkmal in der Verletzung des Friedens und der Treue gegen Personen und Genossenschaften bestand, denen man besonders verpflichtet war. Die Landesordnung belegt den Verrath mit der Strafe des Schleifens und Viertheilens [131]). Daß unter Verrath auch der Hochverrath im späteren und heutigen Sinne des Wortes begriffen war, unterliegt um so weniger einem Zweifel, als in den älteren deutschen Rechtsquellen derselbe in der Regel nicht speziell erwähnt und unterschieden wurde und sogar in der peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V. noch nicht ausdrücklich genannt ist. Besonders erwähnt ist der Verräther seines Herrn, dessen Leib und Gut verfallen war [132]). Der Räuber wurde enthauptet [133]). Wer sich des Verbrechens der Nothzucht schuldig machte, wurde ertränkt [134]), auf Kirchenraub, Mordbrennerei, Ketzerei und Münzverfälschung stand der Feuertod [135]),

---

fürbeträchtlichen oder unbetzwungen und on merckhlich Ursachen, oder annder unerlich oder Malefitzig Sachen thuen und volbringen, nyndert in diesem unnserm Lande gefreyet sein, noch ynndert Freyung haben söllen. Und nachdem in etlichen Gegenden wennig Freyung sein, Wöllen wir verfuegen, damit dieselben zum tail oder gannz abgethan, doch das sich die Inwoner derselben Freyung gemäß halten und dieselben Freyungen sollen gegen den redlichen und unbedächtlichen Todtsleger nit für abgethan geachtt werden."

[129]) B. 2. Th. 1. R. 40. „Ob aber ainer seiner Eeren und leibsnot halben oder auß anndern genuegsamen Ursachen zu gegenwör getrungen und darauß ain Todtslag volgen und solches mit Wahrhait fürbracht wurde, demselben mag auf ain halb Jarzeit durch Unns oder Unnsre Landtregierung Glait und Gnadt mitgetailt werden."

[130]) B. 2. Th. 1. R. 41. „Damit aber ain soliher von den Freünden und Erben, als zu zeiten beschehen möcht, nit sovil beswerlich sunder nach aines yeden vermögen leidlich in dem vertrag gehalten werden, so soll sölcher Abtrag nit in der Erben, noch Freundtschafft willen, sunder zu Erbarer Erkantnuß der Obrigkait und des Gerichts steen, darinn der Todtslag beschehen ist."

[131]) B. 2. Th. 1. R. 19. „Ain yeder Verrätter geschlaifft und gevirtailt."

[132]) B. 2. Th. 1. R. 31. „Die, so jren Herren verratten, seind Leib und Guet vervallen."

[133]) B. 2. Th. 1. R. 20. „Ain Rauber soll mit dem Swert gericht werden."

[134]) B. 2. Th. 1. R. 24. „Wer ain Fraw oder Junkhfrawe not zwingt, dadurch Sy jrer Eren beraubt wirdet und sich das genuegsam erfindet und solichs von den Frawen oder Junkhfrawen nicht auß neyd, haß, freündtschafft oder vaindtschafft beschehen ist, derselb soll ertrenckht werden."

[135]) B. 2. Th. 1. R. 21. „Ain Kirchprüchel, Prenner, Ketzer oder Felscher der Münz, Silber oder Golds soll mit dem Prandt gericht werden."

dem Meineidigen wurde die Zunge nebst den zwei Fingern, womit er geschworen, abgeschnitten [136]), die Apostasie wurde durch den Feuertod oder das Ertränken und die Vermögens-Konfiskation bestraft, auch die Leichen der Selbstmörder sollten verbrannt oder ins Wasser geworfen und ihr Vermögen konfiszirt werden [137]), der Friedensbrecher enthauptet [138]), auf Bigamie stand die Strafe des Ertränkens [139]). Ferners enthält die L. O. strenge Bestimmungen gegen die durch den ewigen Landfrieden vom Jahre 1495 zwar verbotene, aber als eine eingewurzelte Gewohnheit noch immer häufig genug geübte Selbsthilfe [140]); solche Friedensstörer, bei uns Absager genannt, verfielen dem Feuertode oder dem Schwerte [141]); gleiche Strafe drohte denjenigen, welche ihnen Unterstand geben, oder sonst irgendwie Vorschub leisteten [142]); die Ergreifer der Absager wurden belohnt [143]).

Beim Diebstahl war die Strafe verschieden nach dem Alter des Thäters, nach dem Geschlechte desselben und nach dem Betrage oder

[136]) B. 2. Th. 1. R. 27. „Welche Person ainen falschen Aid schwert, derselben die Zunng abzuschneyden mit sambt den zwayen Fynngern damit Sy gesworn hat."

[137]) B. 2. Th. 1. R. 32. „Die, so Inen selbs den Tod thuen, oder Christenlichen Glauben verlaugnen, sollen verprennt oder auf freyem wag des wassers verschickht werden, und dero verlassen Hab und Guet, was der nachdem Costen über Sy erloffen, so erstlich davon aufgehebt und bezalt werden soll, sein wirdet, soll Unns als Herren unnd Landtsfürsten der drittail, unnd derselben Personen Erben auß gnaden die Zway tail zuesteen unnd ervolgen."

[138]) B. 2. Th. 1. R. 28. „Wer ain Gelobten frid pricht, on merckhlich Ursach jn dartzu bewegende, denselben mit dem Swert zu richten."

[139]) B. 2. Th. 1. R. 22. „Der Mann, so zway Eeweyber, oder ain Weib, so zwai Eemann hat, zu ertrenchen."

[140]) B. 2. Th. 1. R. 48. „Ain yeder Gerichtßherr oder Richter soll in Stetten, Märckhten, Dörffern unnd auf dem Lannde sein trew fleißig auffsehen auf die Absager haben. Wo der ainen Erfragt, das demselben allweg von stund an nachgeeylt werde, jne in Fengkunß unnd zu Gerichtßhaunden zu bringen."

[141]) B. 2. Th. 1. R. 51. „Ain yeder Absager, der prennt, soll mit dem Prannbt, aber sunst mit dem Swert gericht werden."

[142]) B. 2. Th. 1. R. 49. „Ain yeder, der ainen Absager behaußt, fürschuebt, unnd den nicht offenbaret, der oder dieselben sollen gleich den Absagern gestrafft werden."

[143]) B. 2. Th. 1. R. 50. „Welcher ainen Absager zuekert, unnd daß warlich und genuegsam erscheint, demselben soll von dem gelt, das wir als Regierender Herr unnd Lanndtßfürst, Zway Thausent Guldein, und die Stifften Tryendt und Brichsen mit jren Underthanen yeder Thausent Guldein Reinisch erlegen und dartzue von Prelaten und Adel, jren Rennt, Zynnß und Gült, den fünffzigist Pfenning, und von Stetten und Gerichten von yeder Fewrstatt ain Pfundt perner gefallen, so offt sich das begibt Vierhundert Guldein Reinisch; der aber die nicht also ankern mocht, sunder die außkuntschafftet und dermaß antzaiget, das die durch Pfleger oder Richter zu Hannden pracht, dem soll Zwayhundert Guldein Reinisch, doch das er deß auch genuegsam urkund darthue, gegeben werden, dardurch der Absager muetwillig fürnemen ungestrafft nicht beleybe; und das gelt bei den Burgermaistern in Unnsern stetten Meran und Hall berait finden."

Werth des gestohlenen Gutes; betrug der Werth des in Einem Akte Gestohlenen 25 ß Berner (das ß Berner = 12 kr. R. W.) oder weniger und war der Thäter über 18 Jahre alt, so wurde er an den Pranger gestellt, mit Ruthenstreichen gezüchtiget und des Landes verwiesen; überstieg der Werth des in Einem Akte Gestohlenen den Betrag von 25 ß Berner, oder wurde in mehreren Akten mehr als 10 ß Berner gestohlen und war der Thäter über 18 Jahre alt, so verfiel er der Todesstrafe durch den Strang; Frauenspersonen wurden bei solchen Diebstählen, bei denen ein Mann mit dem Strange hingerichtet worden wäre, ertränkt, in allen anderen Fällen aber wie die Männer bestraft. Bei Dieben unter 18 Jahren war das Strafausmaß dem Gutdünken der Richter überlassen [144]). Wurde gestohlenes Gut irgendwo aufgefunden, ohne des Thäters gleichzeitig habhaft zu werden, so sollte dasselbe dem bestohlenen Eigenthümer gegen Erlegung von drei Kreuzern zurückgestellt werden; wurde aber der Thäter zugleich ergriffen, so sollte die eine Hälfte der erlaufenden Gerichtskosten aus dem gestohlenen Gute, die andere Hälfte aber aus der landesfürstlichen Kammer bestritten werden [145]). Auf dem Verbrechen der Veruntreuung stand die Todesstrafe durch Ertränken [146]). Beim Betruge überläßt die Landesordnung die Bestim-

[144]) B. 2. Th. 1. R. 35. „Der Dieb halben ist fürgenomen, Alle, die stelen, unnd über Achtzehen Jar alt sind, unnd under ainen fart fünffundzwaintzig Phund perner oder darunder Stelen, der soll an Pranger gestellt unnd mit Rueten außgestrichen werden, darzue auß dem Lanndt Unnser Grafschaft Tirol zu ewigen zeiten sweren. Soverr aber ainer über fünffundzwaintzig phund oder mermalen über Zehen Phund perner stule, denselben mit dem Stranngen zu richten. Were der aber under Achtzehen Jaren alt, denselben alßdann nach Erkantnuß des Richters, der Rät und Geswornen nach gelegenhait seiner Mißethat zu straffen. Dergleichen die Frawen, so dermassen Diebstal thäten, so man den Mann mit dem Stranngen richt, die Frawen zu ertrenckhen, unnd in den anndern Straffen wie die Mann zu halten."

[145]) B. 2. Th. 1. R. 37. „So auch yeht verstolen oder entfremdbt ist, Bey welchem das betretten oder erfragt wirdet, soll dasselb verstolen Guet, dem es entfremdbt ist, Soverr der Thäter damit nit begriffen wirdet, gegen erlegung dreyer Kreutzer on Entgeltnuß überantwurt werden. Wurde aber der Thäter damit gefanaen, so soll der halb Costen, so über In geet, von dem verstolen Guet, unnd das übrig mag der, dem es entfremdbt ist, aufheben. Wir wöllen auch deßhalben bevelch außgeen lassen, damit die Gerichtsherren, Phleger unnd Richter sich mit dem Costen zimlichen halten."
B. 1. Th. 1. R. 36. „So yemanndt Diebstal halben Gefanngen, an offner That, oder sunst betretten wirdet, soll der halb tail Costung von der verstolen Hab, wo der so vil vorhanden, genomen, unnd der annder tail von Unns bezalt werden."

[146]) B. 2. Th. 1. R. 23. „Ob ain Person Vertrauts Guet wegsueret, oder ain Guet Zwayen, dreyen, oder mer, wißendtlich unnd geferlichen verkaufft oder versetzt, unnd nicht von der vorderen Versatzung meldung thuet, die sollen Ertrendcht werden."

mung der Strafe lediglich dem richterlichen Ermessen, weil wegen der großen Mannigfaltigkeit und verschiedenen Strafbarkeit der betrügerischen Handlungen eine Aufzählung und genaue Bestimmung derselben unthunlich erschien [147]). In Bezug auf das muthwillige Schuldenmachen ist bestimmt, daß, wenn die Schuld mehr als 25 ℔ Berner beträgt, der Richter auf Ansuchen des Gläubigers wider den säumigen Schuldner den Personalarrest zu verhängen habe; wenn binnen Monatsfrist der Schuldner weder bezahlte, noch hinreichende Bürgschaft wegen künftiger Bezahlung leistete, und der Gläubiger die Fortdauer des Arrestes nicht verlangte, so sollte der Schuldner an den Pranger gestellt und sofort des Landes verwiesen werden, dagegen aber seiner Schuld „los und ledig" sein. Betrug aber die Schuld weniger als 25 ℔ Berner, so sollte der Schuldner zur Strafe verhalten werden, ein gelbes Scheibchen auf seinem Rocke zu tragen; entfernte er es ohne bezahlt zu haben, so sollte er an den Pranger gestellt und sofort des Landes verwiesen werden werden. Die erwähnten Strafen fanden keine Anwendung bei den Prälaten, Adeligen, und bei einer durch nachgewiesene Unglücksfälle eingetretenen Verschuldung [148]).

[147]) B. 2. Th. 1. R. 33. „Der Laicherey halben, nachdem der manigerlay sein, soll in Erkantnuß des Richters unnd der Rechtsprecher steen, nach Gelegenhait aines yeden Laicherey, ob dieselb Person den Tod oder annder Straff an dem leybe verschult hab."

[148]) B. 2. Th. 1. R. 34. „Wir werden bericht, daß manig Betrugerey gepraucht wirdet, das vil von den Kaufleuten unnd anndern in Stetten unnd Gerichten, Auch von frembdten Kaufleuten auſſerhalben unnſers Lannds, der Grafſchaft Tirol, Guet unnd Gelt geverlichen entnemen, unnd darnach ſölichs nicht zu bezalen haben, dardurch manigfaltiglichen die Leut betrogen und gelaichen werden; das aber vil zu verderben dem gewerbigen man, Auch Lannd und Leuten zu Abnemung Ires Gewerbs gedeyhet, das Unns in Khain weg zu geſtatten gemaint; Haben Wir dermaßen angeſehen, das ain yegklicher, wer der ſei, inner unnd auſſer Lanndts geſeßen, der dann über fünffundzwaintzig Phund Perner ſchuldig, wie die Schuld herruert, der nicht zu pheunden ſtatthafft iſt, So der, dem Er ſchuldig bleibt, den Richter in dem Gericht, da derſelb betretten wirdet, anruefft, Soll der Richter jm denſelben annemen, den einlegen und verſorgen und jm den enthalten, ain Tag umb Zwen Kreutzer unnd nicht mer, darumb der Richter jm zu eßen und waßer zu trinckhen geben ſoll, Unnd findet derſelb Gefanngen Schuldner in Monatsfriſt Pürgſchafft, dardurch dem, der jn Einlegen hat laßen, ain benuegen beſchehen mag, ſoll Er wider ledig gelaßen. Wo das nit, unnd Er in Monatsfriſt nicht Pürgſchafft thät oder gehaben möcht, Soverr derſelb Jn nicht weiter zu enthalten begert, Soll Er nach Monatsfriſt auf den Pranger geſtellt unnd Jm darnach das Lanndt verpotten werden, unnd alßdann der Schuld, darum er angenomen, ledig unnd loß ſein. Wo aber die Schuld under fünffundzwaintzig Phund perner wäre unnd die nicht zu bezalen hatte, Soll der Richter demſelben Gelter ain Gelbs Scheible an ſein Rocch verordnen anzuhefften, offenlichen zu tragen, als lanng hintz Er ſoliche Geltſchuld bezalt. Unnd wo Er betretten wurde, das Er ſölich Scheibl ob

Die Strafe der freventlichen Gotteslästerung war verschieden nach dem Stande des Schuldigen; bei „gemainen Personen" das erste Mal Arrest von 3 Tagen, im Wiederholungsfalle von 8 Tagen; bei „vermüglichen ansehenlichen" Personen das erste Mal eine Geldstrafe von 8 Gulden, im Wiederholungsfalle von 20 Gulden. Bei einem weiteren Rückfalle trat ein dem richterlichen Ermessen anheimgestellte Strafe am Leben, Leib oder Vermögen ein und zwar ohne Rücksicht auf den Standesunterschied. Die dießfalligen Geldstrafen sollten theils zu mildthätigen Zwecken verwendet werden, theils der Obrigkeit des Ortes, an dem die Gotteslästerung vorgefallen, zufallen [149]).

Der Ehebruch wurde nur strafbar, wenn er in einer besonderes Aergerniß erregenden Weise und wiederholt begangen wurde und war die Strafe dem Ermessen des Richters überlassen. Diese auffallende Milde steht in schroffem Gegensatze zur Strenge der peinlichen Halsgerichtsordnung Carls V., welche, wenn beide Theile verehelicht waren, den Mann mit dem Tode, die Frau aber mit Abschneidung der Haare und Einsperrung in ein Kloster bestrafte [150]).

---

dem Rodh than unnd nicht bezalt hett, soll Er durch den Richter eingelegt auff den Pranger offenlich gestellt, unnd jm das Lanndt verpotten werden, innmassen als annderen, die über fünffundzwaintzig Phund verner schuldig sein, wie vorbegriffen ist. Darinnen söllen die zwen Stännd von Prelaten unnd Adel außgeslossen sein, unnd außgenomen ainer verdurb on sein schuld oder durch unfal."

[149]) B. 2. Th. 2. R. 1. „Welcher Mann oder Frawen, gemaine Personen, füran bey dem Leichnam, der Marter, dem Leyden, Pluet, Wunden, oder anndern Glidern, Zaichen, unnd Waffen des hailigen Leibs unnd Leyden Christi Jhesu, unnsers lieben Herrn, der jungkfrawen Maria, oder den lieben Hailigen Sweren wurd; der oder dieselben söllen erstlich drey tag, Unnd wer oder welche solches zum anndern mal thäten, Acht tag mit waßer unnd Prot senngklich gehalten, Unnd die, so solches zum drittenmal fräuenlich, bedächtlich oder muetwilligklich übertretten und das mit wahrhait fürbracht wurde, die sollen an Leib, Leben, oder Guet, nach gestellt der verhanndlung, unnd nach Erkantnuß des Rechtens gestrafft werden. Welche aber von vermüglichen, ansehenlichen Personen, obberuerter gestalt Sweren wurden, der oder dieselben sollen Erstlich umb Acht Guldein, zum Anndern mal umb zwaintzig Guldein, Unnd, so Sy solches zum dritenmal fräuenlich, bedächtlich oder muetwilligklich übertretten, unnd des überweißt wurden, durch jr Obrigkaiten senngklich angenomen, unnd von Unnsern, als Herren unnd Lanndtsfürsten wegen, an Laib, Leben, oder Guet nach gestallt der verhanndlung unnd nach Erkantnuß des Rechtens gestrafft werden. Unnd was gelt von sölichen Straffen gefellt, soll halbs Armen Spitälern und Haußarmen Leüten gegeben werden. Unnd der annder halb tail der Obrigkait, in der verwaltung solch übertrettung beschehen ist, volgen. Doch ob yemandts auß Zorn, gewonhait, oder annderer gestallt, nicht fräuenlich in jren Reden Gott nennen wurden, die sollen darumb gegen weltlicher Obrigkait nicht verwürcht haben."

[150]) B. 2. Th. 2. R. 2. „Eebruch zu straffen — darinn soll ordnung gehalten, wo solches mit ungeschickter unbeschaidenhait, unaufhörlich, dar-

Die Bestrafung der Kuppelei und Entführung war wegen der mannigfaltigen hiebei eintretenden und zu beobachtenden Umstände lediglich dem richterlichen Ermessen anheimgestellt [151]).

Das Heiraten der Töchter ohne Wissen und Willen der Eltern zog für erstere den Verlust eines jeden erbrechtlichen Anspruches auf den elterlichen Nachlaß nach sich [152]).

Die Urheber und Begünstiger solcher Heiraten sollten nach richterlichem Ermessen gestraft werden [153]).

Zusammenrottungen wurden an den Rädelsführern mit dem Tode durch Enthauptung, an den Theilnehmern durch Geldbußen oder Arrest und durch einjähriges Verbot des Waffentragens bestraft [154]).

---

auß Aufrueren unnd annder Args oder beswerlichs erwachset, beschicht, Soll durch die Obrigkait einsehung beschehen, damit solches nit gestatt, sunder der Notdurft nach gestrafft werde."

[151]) B. 2. Th. 2. R. 14. „Ain yedliche Person, die sey Mann oder Weib, die sich unnderstеet, haimlich oder offenlichen, ainem sein Weib, Tochter, Swester, Muemen oder Freünd, on sein oder der Gerhaben willen oder wißen, abweg zu fueren, die verheyraten, oder in annder weg uneerlichs zu hanndeln, mit verkuplen, oder sunst, sollen in allweg die Richter und die Zwölff Geswornen Gewalt haben, solchen Hanndel zu straffen an Leib oder Guet nach gestallt des Hanndels und der That."

[152]) B. 2. Th. 2. R. 15. „Item, welche unverheyrate Tochter, die nit Wittib unnd unnder Achtzehen Jaren ist, sich on jr Vatter und Mueter, oder je ains, ob Sy die hat, oder wellich nit Vatter unnd Mueter hete, unnder Sechzehen Jaren, unverheyrat, unnd nit Wittib were, on jren Gerhaben oder Jr nechsten Freünde, oder wem Sy bevolhen ist, willen unnd wißen verheyraten wurde; das dann ain yedliche derselben Töchter jr Vätterlich unnd Mueterlich Erb damit verworcht, unnd fürpaß darzue nicht Forderung, uoch zuespruch haben sollen, dann was jr Vatter unnd Mueter oder jre Freünd mit guetem willen geben wöllen. Was jr aber annder Erbschafft, ausserthalben jres Vätterlichen unnd Mueterlichen Erbs zuesteen, das jr das volge, als ferr Sy darzue Recht haben, ungeverlich."

[153]) B. 2. Th. 2. R. 16. „Wer, oder welche Person solh Heyrat haimlich bereden unnd volbringen, der oder dieselben mit den, die darzue geholffen heten, es wäre Mann oder Weyb, unnd sich das warlichen erfunde, sollen zu Unnsern Hannden, wo man die ankomen mag, als die, die wider Unnser Gepot gethan unnd der Lanndschafft Freyhait geprochen haben, genomen und gestrafft werden."

[154]) B. 2. Th. 2. R. 13. „Sollen all Versamlung, Züg und Rotten mit und on sändel, Trumenslagen und Pfeyffen, wie die durch Angesetzen oder Ledige Personen oder durch Handtwercher, Pawknecht, oder yemandts anndern beschehen möchten, Abgestellt und Verpotten sein und bey sweren Straff an Leyb unnd Guet verner nyemandts gestatt werden, Also, das die Ursacher und Anfenger sölcher übertrettung mit dem Swert, Unnd sunnst ain yeder, der also mitzug, um ainen Guldein Reinisch, Unnd wer den zu betzalen nicht vermöcht, soll Acht Tag in Fenngnuß mit Waßer unnd Prot gehalten unnd gestrafft werden, und sollen darzue ain gannz Jar lang alle Wören zu tragen bey swerer Straff verpotten sein."

Auch das Tragen gefährlicher Waffen wurde mit Geldbußen oder nach Umständen mit Arrest und Landesverweisung bestraft [155]).

Die Bestrafung der Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit war lediglich dem Ermessen der Richter überlassen [156]).

Das übermäßige „Zuetrinkhen" wurde nach richterlichem Ermessen bestraft [157]). Wenn Jemand durch eine der Obrigkeit bei Verfolgung und Ergreifung von Uebelthätern geleistete Hilfe an seinem Körper oder Vermögen Schaden erlitt, und der Thäter nicht in der Lage war selben zu ersetzen, so soll dieß aus der landesfürstlichen Kammer bestritten werden [158]).

[155]) B. 2. Th. 2. R. 4. „Es soll nymanndt Wurffpeyhel, Kreützeysen, Bleikugeln, noch dergleichen verpotne Wören, weder haimlich noch offenlich tragen, Allain der Obrigkait Gerichtsdiener, bey der Peen fünffundzwaintzig Phund perner." B. 2. Th. 2. R. 5. „Es soll nymanndt, Gaistlichen noch Weltlichen, Edeln, oder anndern, frembden noch Lanndleuten oder ledigen inn oder durch diß Unnser Lanndt der fürstlichen Grafschafft Tyrol kain selbszinnbende Püchsen zuefuern, zuetragen oder zu machen, noch den Kaufleuten in gemelt unnserm Lanndt zu bringen nit gestatt, Welches wir dann vor zu zimlicher zeit offenlich, durch Unnsern Mandat verkünden lassen wöllen. Unnd welche sich also derselben püchsen verrer geprauchen, die fueren oder tragen wurden, die sollen umb übertrettung diser unnser unnd gemaines unnsers Lanndes Satzung umb dreyßig Guldein Reinisch gestrafft unnd die Püchsen, durch wen die betretten, der Obrigkait an denselben Enden angetzaigt werden unnd von solher Straff soll dem, der yemandt umb solh übertretten, in warhait angetzaigt hat, gegen überanntwurtung der Püchsen fünffundzwaintzig Phund perner vervolgen und gegeben. Welche aber den Pernfal nit zu betzalen hetten, ain Monat lanng mit geringer Speiß on Wein in Fenngknuß gehalten. Und welche solhe Püchsen darüber ferrer inn oder durch das Lanndt tragen, oder darain bringen und damit betretten werden, denen soll das Lanndt ain Jar verpoten werden."

[156]) B. 2. Th. 1. R. 60. „Ob aber sich yemandt des Gerichts unnd der Obrigkait muetwilliglich unnd frävenlich setzen und weren, unnd darüber Entleibt wurde, so soll solches nach gelegenhait der Sachen in der Herrschafft, auch der Geswornenerkantnuß steen."
B. 2. Th. 2. R. 20. „Ob sich aber ainer oder mer auf der Obrigkait Ersuchen unnd Beger ungehorsam Ertzaigen oder halten wurde, der oder dieselben sollen alßdann nach Rat der Rät in Stetten und der Geswornen in Gerichten durch jre Obrigkaiten, wie sich gepürt, gestrafft werden."

[157]) B. 2. Th. 2. R. 3. „Zuetrinkhen, wo solhes mit ungeschickhter unbeschaidenhait, unnd unaufhörlich, darauß Aufrueren, oder annder Args unnd beswerlichs erwachset, beschicht, soll nit gestatt, sonnder durch die Oberkait, wie sich gepürt, bestrafft werden."

[158]) B. 2. Th. 2. R. 19. „Unnd zu merer Bestenndigkait diß unnsers Löblichen fürnemen Gesatz und Ordnung unnd zu straff des übels geben Wir ferrer dise Ordnung: Wo den Unnderthanen, die den Gerichtsherren, Pflegern, Richtern oder iren Verwesern, unnd in derselben Abwesen, den Räten, Geswornen, oder ainem yeden Gerichtsmann in Romorn oder Aufrueren zuelauffen, darinn Sy allzeit jrer Pflicht nach den Gerichten beystenndig sein sollen, die Romorer, Aufruerigen oder übelthäter zu jrer gepürlichen Straff auff jr Ersuchen verhelffen anzunemen, unnd zu Gerichtshannden zu bringen, ain oder mer Leibschäden zuegefuegt wurden, unnd jnen der betretten Thäter den oder

Um einer zu häufigen Verhängung und zu großen Vervielfältigung der Geldstrafen durch die Richter vorzubeugen, wurde schließlich noch verfügt, daß alle Geldstrafen vom Richter ihrer Obrigkeit verrechnet und übergeben werden müssen, und der Richter auf andere Weise zu besolden sei [159]). Schließlich muß noch eines weitgehenden, in das Gebiet der Gesetzgebung hinüberragenden Rechtes erwähnt werden, welches den Richter und Geschwornen nach der L. O. zustand; sie konnten nämlich auch andere als die in der L. O. aufgeführten Handlungen als strafbar erklären und mit den nach ihrem Ermessen geeigneten Strafen belegen [160]).

Vierter Abschnitt.

Strafproceß.

1. Gerichtspersonen.

An dem Verfahren in Strafsachen nahmen sowohl bleibend angestellte Richter (Pfleger, Amtmänner u. s. w.) als auch Männer aus dem Volke, Geschworne, in Tirol Rechtsprecher genannt, und zwar, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, mit verschiedener ziemlich scharf abgegränzter Competenzsphäre, Theil. Das Strafgericht bestand aus dem ständigen Richter als Vorsitzenden und zwölf Geschwornen (Rechtsprecher) und hieß Malefizgericht, weil es über schwere Strafsachen, Malefizsachen genannt, zu urtheilen hatte. In den Städten Meran, Sterzing und Hall sollten 6 Geschworne aus dem betreffenden Stadtrathe und 6 aus dem dazugehörigen Landbezirke, beim Malefizgerichte zu Innsbruck nur 2 aus dem Stadtrathe, 6 aus dem Landbezirke (Landgericht Sonnenburg) und je Einer aus dem Gericht Stubai, Axams und aus der Probstei Ambras

---

dieselben Schäden abzutragen und zu betzalen nit vermöglich were, So wöllen wir den oder demselben Schadhaften zu gnaden, das Arztlon genommer Schäden erlegen und betzalen."

[159]) B. 2. Th. 2. R. 18. „Verordnen und setzen Wir auß genedigem Willen, das hinfüro alle Peen und Pueßen, Sy werden guetlich oder rechtlich erlangt, durch die Richter jrer Obrigkait verrait, unnd die Richter kainen Tail oder Genieß darinn haben, Sunder durch die Obrigkaiten in annder weg verföldt sollen werden."

[160]) B. 2. Th. 1. 54. „Unnd nachdem hierinn (i. e. in der Landesordnung) nicht all übelthaten so beschehen, beschriben unnd außtruckht sein, So sollen doch nicht desminder die Richter mit Rat, oder Urtail der Rät oder Geswornen auch in denselben, so also nicht hierinn außtruckht sein, zu urtailen unnd straffen macht haben nach jrem pesten verstееn, unnd gestallt ainer yeden übelthat, Bey jrem Aid, so Sy gesworen haben."

genommen werden; den Vorsitz führte der Landrichter von Sonnenburg, welcher bis zu der mit Hofdekret vom 14. Oktober 1784 eingeführten neuen Organisation der Behörden die Kriminalgerichtsbarkeit über Innsbruck ausübte. Das Strafgericht zu Botzen bestand aus 6 Geschwornen aus dem Stadtbezirke und 6 aus dem umliegenden Landgerichte Grieß. In allen andern Malefizgerichten sollten die Richter zwölf verständige Männer zu Geschwornen wählen [161]).

Die Geschwornen durften ohne wichtige Ursachen nicht gewechselt werden [162]), auch mußten Richter und Geschworne vor Antritt einen Eid ablegen, daß sie stets nach besten Wissen, Gewissen und den Gesetzen gemäß urtheilen und das Recht handhaben werden [163]). Bei allen Gerichten sollten ferners Gerichtsdiener angestellt werden, auch wurde das altdeutsche Institut der Landfolge, nämlich der Verpflichtung des Volkes im Falle eines Aufrufes der Obrigkeit derselben bei Verfolgung von Verbrechern überhaupt bei Handhabung des Landfriedens und der rechtlichen Ordnung behülflich zu sein, ausdrücklich aufrecht erhalten [164]).

[161]) B. 2. Th. 1. R. 1. „Nemlich das in yeder der dreyer Unnsern Stetten Meran, Hall unnd Sterzingen die Richter, so Pann unnd Acht von Unns, Unnsern Erben oder Nachkomen, über das Bluet unnd all schedlich Sachen dem Rechten nach zu richten empfanngen haben, oder hinfüro empfahen werden, Sechß des Rats, unnd Sechß auß dem Lanndtgericht, die darzue gehören. Aber in Unnser Statt Ynnßprugg unnd Lanndtgericht Sonnenburg, dieweil Statt unnd Lanndtgericht nicht gleich sein, soll die Statt zween, unnd das Lanndtgericht Sechß, darzue die vier Gericht, als Stubay, Bräbstey Ombras, Axams yeglichs ainen, Also, das der Rechtsprecher Zwelf sein, zusambt unnserm Lanndtrichter zu Sonnenburg. Dann der Statt Botzen unnd Unnsers Lanndtgerichts Grieß halben, dieweil von Rat der Statt, außerhalben des Adels unnd den außern Commaunen nur Sechß sein, das Unnser Lanndtrichter daselbs als von Unnsern wegen, Järlichen nach Rat der Sechß Rät auß egemelter Statt, annder Sechß zu jm erkiesen. Unnd in allen anndern Herrschafften unnd Gerichten, so also Gericht unnd oberhalben der Statt Triennbt liegen, Außgenomen die Gericht auf dem Nons, unnd Unser Gericht Caltharn hindangesetzt, dieweil die darüber jr geschriben Ordnung unnd Gesatz haben, Unnser Pfleger, die Gerichtsherren oder jr Ambtleüt, Zwelf verstenndig Mann fürnemen, gehaißen die Gesworen; dieselben mitsambt ainem yeden Richter sollen Gewalt unnd Macht haben, zu hanndeln."

[162]) B. 2. Th. 1. R. 3. „Sölhe Rät unnd Gesworen sollen auch nicht verkert werden on treffenlich Ursach, oder durch abgang mit tod."

[163]) B. 2. Th 1. R. 2. „Des Richters unnd des Geswornen Phlicht unnd Aid, dem, was hernach geschriben steet, Treulichen nachzukomen, darinnen zu hanndeln, unnd zu urtailen, soll das hiemit ainem yeden Richter bey der Phlicht, so Er im Empfahung Pann unnd Acht thuet, aufgesetzt sein. Unnd der Rat in Stetten unnd die Gesworen in den Gerichten sollen Sweren, gleich Urtail zu geben über das Bluet und all annder schedlich Sachen nach laut diser Unnser Satzung unnd Ordnung unnd diß Buechs sag: Das Sy auch ainem yeden Richter allweg das Trewist nach jrem pesten versteen Raten wöllen."

[164]) B. 2. Th. 1. R. 4. „Es sollen die Gerichts-Obrigkaiten mit jren Gerichtsdienern wie von alten Herkomen ist, vesehen sein, unnd wo kaine derselben

2. Einleitung und Durchführung der Untersuchung.

Jeder Richter war berechtiget aus eigener Machtvollkommenheit und nach eigenem Ermessen, jede eines Verbrechens beschuldigte oder verdächtige Person verhaften zu lassen [165]). Befand sich dieselbe nicht in seinem, sondern in einem andern Gerichtsbezirke, so mußte die Verhaftung im Wege eines Requisitionsschreibens an das betreffende Gericht veranlaßt werden [166]). Jene Gerichte, denen kein Blutbann, keine Gerichtsbarkeit in Malefizsachen zustand, mußten die eines Malefizes Beschuldigten oder Verdächtigen unverzüglich mit allen dießfalls gepflogenen Erhebungen an das kompetente Malefizgericht abliefern. Fand das letztere Gericht, daß die fragliche strafbare Handlung kein Malefiz-, sondern ein leichtes Vergehen sei, so mußte der Inquisit wieder an das erstere Gericht zur weitern Amtshandlung zurückbefördert werden [167]). Nach erfolgter Verhaftung mußte der Richter sofort selbe nebst ihren Gründen den versammelten Geschwornen vortragen, welche dann über die Freilassung oder Einleitung der Untersuchung und allfällige Stellung der s. g. peinlichen Frage (Folter) zu beschließen hatten [168]). Fiel

---

Diener vorhannden sind, von neuem bestellt werden, damit irenthalb nit maungel sey. Unnd sollen die Unnderthanen iren Obrigkaiten, Haubtleüten, Phlegern unnd Richtern auf Ir anlanngen unnd beger, zu Handthabung Gerichts und Rechtens, auch zu Straff beswerlicher hanndlung hilflich, Rätlich unnd beystenndig erscheinen."

[165]) B. 2. Th. 1. R. 5. „Umb ainen yeden Hanndel, der Yntzicht oder Malefitz betrifft, auch welcher nit Recht geben unnd nemen, darzue umb Gepot und Verpot seiner Obrigkait nicht geben will, unnd sich ungehorsam ertzaigt; Auch welcher ainen ain Leibschaden, der des Lebens sorgklich werr, zuefuegte, dergleichen welcher umb ain Schuld nit genuegsam were, unnd nicht Porgschafft haben möcht, den oder dieselben Personen soll unnd mag man zu irer gepürlichen Straff und Verantwortung fenngklich annemen."

[166]) B. 2. Th. 1. R. 11. „Ob auf ain oder mer Personen pöse antzaigen gingen, unnd die Obrigkait die nicht in iren, sonndern in anndern Gerichten wißte, Soll allweg durch Phleger oder Richter in das annder Gericht geschriben, damit dieselben Personen angenomen, unnd soll mit denselben ferrer wie vorgemelt unnd hernach begriffen ist, gehanndelt werden."

[167]) B. 2. Th. 1. R. 59. „Als etlich Phleger oder Gericht nit über die Malefitz noch das Pluet zu richten haben, Sunder die übelthäter oder Malefitz Personen in annder Gericht überantwurten, Sollen dieselben hinfüro, sopald Sy ain solh übelthätig Mensch, Mann oder frawen, betretten, zu stund an dem Gericht, dahin Sy die vorantwurten haben mußen, mit allen Antzaigungen überantwurten. Wo alßdann durch den Richter, auch sein Beysitzer gefunden wirdet, das die Sachen nicht Malefitz, sunnder sunst am Guet Sträfflich sein, so soll er denselben dem Richter wiederumb in das Gericht, davon Er im geantwurt ist, antwurten, damit demselben nicht seines Gerichts halben entzogen werde."

[168]) B. 2. Th. 1. R. 6. „Wann ain Richter umb Hänndel, das Pluet unnd Malefitz beruerende, yemandt, das sey Mann oder frawen fahet, unnd annemen

der Vorschlag der Geschworenen auf Stellung der peinlichen Frage und so mußte der Richter wegen des Geschworenen mit einem Gerichtsschreiber begeben [168]. Wenn der Inquisit bei der peinlichen Frage ein Geständniß abgelegt hatte, mußte der Richter vier oder sieben ehrenhafte Männer, darunter zwei oder drei Geschworene, welche im vorliegenden Falle das Recht zu sprechen hatten, zu sich berufen, in deren Gegenwart dem Beschuldigten sein zu Protokoll genommenes Geständniß vorgelesen ward, wurde dasselbe von ihm ohne Anwendung der Folter wiederholt, so mußte dies wieder zu Protokoll genommen, das Protokoll vor der Berathung über das zu fällende Urtheil sämmtlichen dabei mitwirkenden Geschworenen vorgelesen und von den bei Wiederholung des Geständnisses gegenwärtig gewesenen vier oder sieben Männern und beziehungsweise Geschworenen bei ihrem Eide eidlich als richtig bestätigt werden. Nur ein in solcher Weise ergänztes und bestätigtes Geständniß wurde als ein rechtskräftiger Beweis betrachtet und konnte als Grundlage eines gültigen Urtheils angenommen werden [171].

War der Richter der Meinung, daß die Angaben der gefolterten Person lediglich durch Furcht und Schmerz erpreßt, oder aus Feindschaft gegen andere entsprungen und nicht wahr seien, so mußte er darüber den Geschworenen Bericht erstatten und diese mußten nach ihrem Ermessen verfahren [172]. In Bezug auf die „Kläger" ist folgendes be-

[illegible]

[illegible] „[illegible]"

[illegible]

[172] B. 2. Th. 1. N. 7 „Wenn je am Gericht zu der Frag' [illegible] [illegible] auf sich selbst oder andere bekennt, sollen sich die Richter

stimmt, daß, falls sie behaupteten, von der Obrigkeit auf ihr Ansuchen keinen Rechtsschutz erhalten zu haben und deßhalb zur Selbsthilfe geschritten zu sein, ihnen vor Einleitung der strafgerichtlichen Untersuchung die Beweisführung hierüber gestattet werden müsse; sofort sollte das Gericht entscheiden, ob selbe als gelungen oder mißlungen zu betrachten sei und demgemäß die Angeschuldigten entweder freilassen oder die peinliche Untersuchung wider sie einleiten [172]).

Alle strafgerichtlichen Verhandlungen, als: Verhöre, Urtheilsschöpfungen u. s. w. wurden bei verschlossenen Thüren vorgenommen [173]). Nur im Falle einer Anklage wegen Ehrenbeleidigung oder Verletzung des guten Leumundes war die strafgerichtliche Verhandlung öffentlich, das Urtheil jedoch wurde auch in solchem Falle bei verschlossenen Thüren gefällt [174]). Wurde ein Verbrecher in flagranti ergriffen, so wurde keine weitere Untersuchung eingeleitet, sondern sofort zur Aburtheilung geschritten, es wäre denn, daß durch die Aussagen des Ergriffenen andere Personen kompromittirt erschienen, worüber dann allerdings die nöthigen Erhebungen zu veranlassen waren [175]).

---

aigentlichen darinn erkunnden, ob die personn das auß forcht, Marter oder feindtschafft auf sich selbs oder annder annder bekennt hett. So sich dann erfindt auß derselben gichtigung, daß die im selbs oder anndern unrecht gethan, unnd nicht die warhait gesagt hat, alßdann soll der Richter solches fürder an den Rat oder die Geswornen des Gerichts seiner Verweſung bringen unnd weiter nach Rat oder Erkanntnuß des merern talls hierinnen sovil sich gepürt volfaren."

[171]) B. 2. Th. 1. R. 52. „Ob sich ain Abjager, So Er zu fenngknuß beacht wirdet, vor unnd in der Marter, das Er von der Hohen Obrigkait Rechtloß gelaßen were unnd das Recht nicht bekommen het mügen oder annder dergleichen begründt Ursachen, die in zu sölher Abjagung gedrungen hetten, beweyßlich fürzubringen Erpewt, so soll derselb Abjager, eemalen Er für das Malefitz gestellt wirdet, durch seinen Prokurator zu solher Beweysung gelaßen unnd sovern Er ainich Beweysung fürpringt, so soll vor unnd Er für das Malefitz Recht gestellt wirdet, darüber ergeen was Recht ist. Unnd sovern die Beweysung nicht für genuegsam Erkennt würde, so soll alßdann vor dem Malefitzrichter unnd den Geswornen ergeen unnd gehanndelt werden, was Malefitzrecht ist."

[172]) B. 2. Th 1. R. 13. „Es sollen die gewelten Rät von Stetten, dergleichen die Geswornen auß den Gerichten mitsambt den Richtern all hievor unnd hernach volgende Hänndel mit versloßener Thür haben, zu hanndeln unnd zu urtailen."

[173]) B. 2. Th. 1. R. 12. „Wann ainer oder aine jres glimpfs Eeren beschuldiget wirdet, Das soll allweg durch die Richter unnd die Zwelf Geswornen offenlich gehört, unnd nachmalen die Urtail mit beslosßener Thür verfaßt unnd alßdann den Partheyen offenlich verkünndt werden."

[174]) B. 2. Th. 1. R. 8. „Soverr aber ain Person an warer that mit Hanndeln, Diebstal, Mörderey, Rauberey oder in annder weg (Malefitz beruerend) betretten wurde, unnd nicht auff annder ungeleumbdt Personen bekennet, Alßdann ist nit not, ainicherley weiters erkunnden. Unnd solches

3. Urtheilsfällung.

Die Urtheile in Strafsachen mußten bei verschlossenen Thüren gefällt werden [176]). Der ständig angestellte Richter hatte hiebei nach altdeutscher Sitte lediglich den Vorsitz zu führen, an der Abstimmung jedoch sich nur dann zu betheiligen, wenn die Stimmen der Rechtsprecher getheilt waren, wo dann allerdings seine Stimme den Ausschlag gab [177]). Das durch Stimmenmehrheit gefällte Urtheil wurde nach vorhergegangener Verlesung eines etwaigen demselben als Grundlage dienenden protokollarischen Geständnisses des Verurtheilten öffentlich kundgemacht, im Falle einer Verurtheilung zum Tode der Stab über ihn gebrochen, und er sofort dem Nachrichter zu übergeben, der an der ortsüblichen Richtstätte die Todesstrafe zu vollziehen hatte [178]). Wußten die Rechtsprecher in irgend einem speziellen Falle kein Urtheil zu finden, so konnten sie sich an einen anderen Schöffenstuhl um Rechtsbelehrung wenden, welches Weisthum dann dem zu schöpfenden Urtheile als Grundlage zu dienen hatte [179]). Eine Berufung gegen strafgerichtliche Urtheile war in der Regel ausgeschlossen, nur wenn dieselben offenbar gegen die Landesordnung verstießen, war eine solche an die Oberbehörde zuläßig [180]).

4. Verfahren gegen Abwesende und Flüchtige.

Dasselbe bestand darin, daß abwesende oder flüchtige Verbrecher durch die Frohnbothen in den Städten vor dem Rathhause, auf dem

---

soll allweg nach gelegenhait ainer yeden Sach unnd Mißethat nach Erkenntnuß des merern Tails der Rät oder Geswornen Ermeßen werden unnd dabey beleiben."

[176]) Siehe Note Nr. 173.

[177]) B. 2. Th. 1. R. 56. „Unnd die Rät und Geswornen sollen Gewalt haben zu urtailen, was Tod oder Straff ain yeder übelthäter oder Malefitzige Person verschuldt hat."
B. 2. Th. 1. R. 57. „Wo aber die Urtail durch Rat oder Geswornen gleich Ertailt wurde, Soll der Richter das merer machen, aber sunst nicht urtailen."

[178]) B. 2. Th. 1. R. 58. „Unnd was also durch das merer erkannt wirdet, soll ain yeder Richter nach Verlesung der Urgicht unnd Urtail, den Gerichtsstab prechen, den übelthäter dem nachrichter überantwurten, den fueren laßen auf die gewöndlich Richtstat, unnd der gefallen Urtail verschaffen volziehen zu thuen."

[179]) B. 2. Th. 1. R. 55. „Ob ainem Rat von der Statt, oder Geswornen auß ainem Gericht händnbel fürkämen, die im in seiner Erkanntnuß beswerung bringen möchten, Soll allweg derselb in ain anndere Statt oder Gericht umb Rat schicken, der im auch nach lauter antzaigung mitgetailt soll werden, damit derselb dem Rechten nach urtailen unnd Erkennen müge."

[180]) B. 2. Th. 1. R. 14. „Es soll nyemanndt gestatt, noch zuegelaßen werden, von kainem Malefitzurtail zu dinngen, oder zu appellieren, Sunnder man soll dieselben Urtailen volziehen. Es wurde dann Sach, das wider diſe Unnsere Satzung unnd Ordnung bewärtlich geurtailt worden were, mag Solhes an die merer Obrigkait zu lanngen, zuegelaßen werden."

Lande vor den Gerichtsstätten dreimal in Zwischenräumen von je 14 Tagen öffentlich aufgefordert wurden an einem bestimmten Tage vor dem Strafgerichte zu erscheinen, welches, falls die Vorladung erfolglos blieb, über den Angeschuldigten zu erkennen hatte, was Rechtens war. Wurde über ihn die Acht ausgesprochen, so mußte das von ihm begangene Verbrechen und das deßhalb gefällte Urtheil öffentlich vorgelesen werden, damit die Blutsfreunde des Verurtheilten sowohl als jene des durch das Verbrechen Verletzten hievon Kenntniß erlangen [181]).

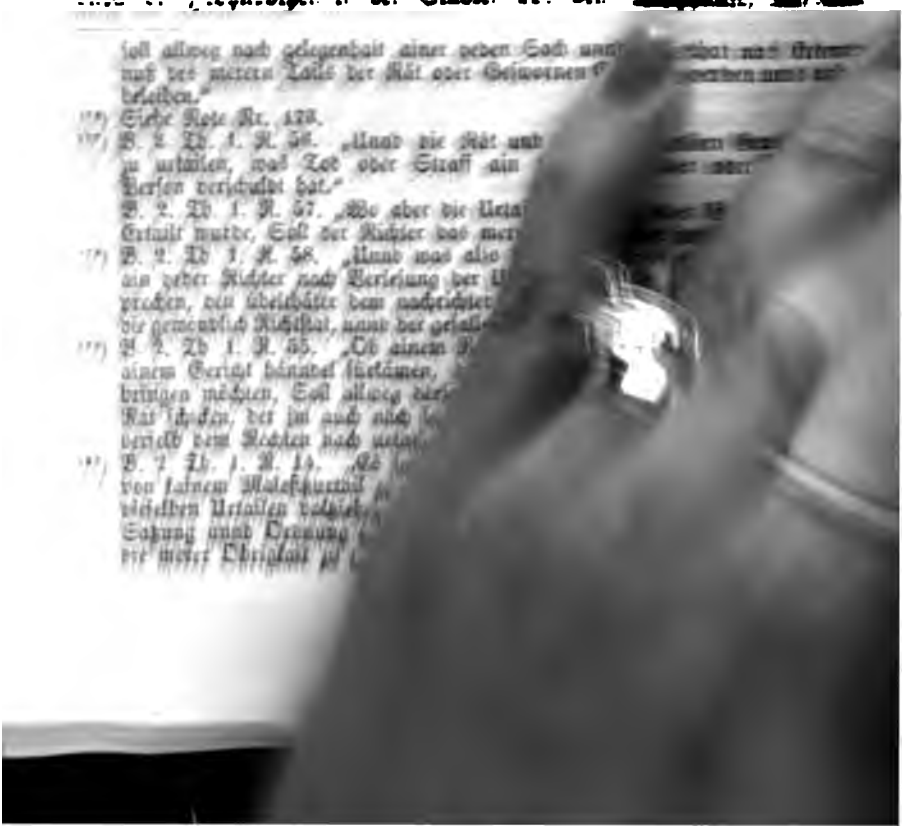
5. Gerichtskosten.

Jeder wegen einer strafbaren Handlung Verurtheilte war in der Regel zur Bezahlung der erlaufenen Gerichtskosten verpflichtet und zwar mußte jedem dem Malefizgericht vorsitzenden Richter und dem hiebei thätigen Gerichtsschreiber je Ein Gulden als s. g. Sitzgeld entrichtet und die Zehrung des Richters, des Gerichtsschreibers und der Geschwornen bezahlt werden. Wo aber das Sitzgeld und die Bezahlung der Zehrungskosten bisher nicht üblich waren, sollte es bei dem Herkommen verbleiben [182]). Ferners mußte jeder Verhaftete sogleich beim Eintritte in das Gefängniß und eventuell bei der Entlassung aus demselben dem Pfleger oder den Gerichsdienern je Ein ß Berner als s. g. Thurmgeld, dann für jeden Tag des Aufenthaltes im Gefängnisse Ein ß Berner, oder nur 6 kr. Atzungsgeld entrichten, jenachdem ihm auch Wein verabreicht wurde oder. Wo aber bisher ein geringeres Thurm- oder Atzungsgeld üblich war, sollte es hiebei zu verbleiben haben [183]).

[181]) B. 2. Th. 1. R. 43. „Es sollen auch die Richter Gewalt haben, ob Todsleger oder annder übelthäter in flüchten weren, unnd nit betretten werden möchten, Denselben durch die Fronbotten in Stetten vor dem Rathauße, unnd in den Gerichten vor den Schrannen offentlichen drey viertzehen Tag nachainander beruessen, unnd den Rechttag benennen laßen. Der Todsleger oder übelthäter kumm oder kumm nicht, so soll doch nicht destminder über jn auf denselben tag enndlich ergeen unnd beschehen, was Recht ist. Unnd so ainer also in die Acht verurtailt, so soll desselben Mißhanndlung mitsambt der gefallen Urtail durch den Gerichtschreyber offenlich verlesen werden, unnd die Fronpoten sollen die Anzaigung der Todsleg oder Mißhanndlung der übelthäter, wie sich die begeben thuen, damit, wo yemanndt auß deß oder der Entleibten freündtschafft, oder annderer übelthäter Freünde da weren, das dieselben auch mennigklich solher hanndlung, Thaten unnd Urtailen wißen haben mügen."

[182]) B. 2. Th. 1. R. 15. „Ainem Malesitz-Richter soll ain Guldein, dergleichen dem Gerichtschreiber auch ain Guldein Sitzgelt unnd mitsambt den Malesitz-Geswornen das Mal bezalt, Aber in Stetten, da man kain Mal zu halten schuldig ist, soll es noch wie von alter herkomen gehalten werden. Darzue in wellichen Gerichten das Sitzgelt zu geben nit im prauch gewesen, dabey soll es noch beleiben."

[183]) B. 2. Th. 1. R. 16. „Wann Ainer fenngklich angenomen ist, soll er ain Phund perner, unnd so der wider Außgelaßen wirdet, auch ain Phund perner den Phleger oder Richtersknechten fur Thurngelt bezalen, deßgleichen für



Lande vor den Gerichtsstätten dreimal in Zwischenräumen von je 14 Tagen öffentlich aufgefordert wurden an einem bestimmten Tage vor dem Strafgerichte zu erscheinen, welches, falls die Vorladung erfolglos blieb, über den Angeschuldigten zu erkennen hatte, was Rechtens war. Wurde über ihn die Acht ausgesprochen, so mußte das von ihm begangene Verbrechen und das deßhalb gefällte Urtheil öffentlich vorgelesen werden, damit die Blutsfreunde des Verurtheilten sowohl als jene des durch das Verbrechen Verletzten hievon Kenntniß erlangen [181]).

5. Gerichtskosten.

Jeder wegen einer strafbaren Handlung Verurtheilte war in der Regel zur Bezahlung der erlaufenen Gerichtskosten verpflichtet und zwar mußte jedem dem Malefizgericht vorsitzenden Richter und dem hiebei thätigen Gerichtsschreiber je Ein Gulden als s. g. Sitzgeld entrichtet und die Zehrung des Richters, des Gerichtsschreibers und der Geschwornen bezahlt werden. Wo aber das Sitzgeld und die Bezahlung der Zehrungskosten bisher nicht üblich waren, sollte es bei dem Herkommen verbleiben [182]). Ferners mußte jeder Verhaftete sogleich beim Eintritte in das Gefängniß und eventuell bei der Entlassung aus demselben dem Pfleger oder den Gerichsdienern je Ein ℔ Berner als s. g. Thurmgeld, dann für jeden Tag des Aufenthaltes im Gefängnisse Ein ℔ Berner, oder nur 6 kr. Atzungsgeld entrichten, jenachdem ihm auch Wein verabreicht wurde od[illegible] Wo aber bisher ein geringeres Thurm- o[illegible]ngsgeld übl[illegible] sollte es hiebei zu verbleiben haben [183]).

[illegible]h. 1. R. [illegible]n auch die Richter Gewalt haben, ob Todsleger [illegible]nder übelt[illegible]ten weren, unnd nit betretten werden möchten, [illegible]en durch [illegible]n in Stetten vor dem Rathauße, unnd in den [illegible]n vor de[illegible] offentlichen drey viertzehen Tag nachainander [illegible]n, unnd [illegible] benennen laßen. Der Todsleger oder übelthäter [illegible]oder kun[illegible]soll doch nicht destminder über jn auf denselben [illegible]ndlich [illegible]chehen, was Recht ist. Unnd so ainer also in die [illegible]erurtail[illegible]ben Mißhanndlung mitsambt der gefallen Urtail [illegible]den [illegible]ffenlich verlesen werden, unnd die Fronpoten sollen [illegible]haig[illegible]leg oder Mißhanndlung der übelthäter, wie sich die [illegible] wo nemanndt auß deß oder der Entleibten freündtschafft, [illegible]eünde da weren, das dieselben auch mennigklich [illegible]nnd Urtailen wißen haben mügen"

[illegible] „Ainem Malefitz-Richter soll ain Guldein, dergleichen [illegible]ch ain Guldein Sitzgelt unnd mitsambt den Malefitz- [illegible]etzal[illegible] Aber in Stetten, da man kain Mal zu halten [illegible] von alter herkomen gehalten werden. Dartzue [illegible]lt zu geben nit im prauch gewesen, dabey

[illegible]er fenngklich angenomen ist, soll er ain [illegible]elaßen wirdet, auch ain Phund perner [illegible] Thurngelt betzalen, deßgleichen für

Stellte sich bei einem Verhafteten im Laufe der Untersuchung die Unschuld heraus, so hatte er weder Thurmgeld noch Atzung zu bezahlen, hatte er jedoch durch frühere Uebelthaten, ungeschicktes Benehmen oder Drohworte Verdacht erweckt und hiedurch Anlaß zur Verhaftung gegeben, so mußte er, wenn er auch unschuldig befunden wurde, dennoch Thurmgeld und Atzung in dem von den Geschworenen in Berücksichtigung der obwaltenden speziellen Verhältnisse zu bestimmenden Betrage bezahlen [184]). Reichte das Vermögen des Uebelthäters zur Bezahlung der Gerichtskosten nicht hin, so wurden selbe aus der landesfürstlichen Kammer, oder eventuell von dem Grundherrn, dem der Bluthann im Gerichtsbezirke zustand, bestritten [185]). Ein wegen einer Uebelthat Verurtheilter mußte auch im Falle einer später erfolgten Begnadigung die bis dahin erlaufenen Atzungskosten bezahlen [186]).

Auf die s. g. Bergwerksverwandten, welche überhaupt eine selbstständige und vielfach exzeptionelle Stellung einnahmen, hatten die gesammten strafrechtlichen Bestimmungen der Landesordnung keine Anwendbarkeit [187]).

Fünfter Abschnitt.

Politische und polizeiliche Bestimmungen.

Die politischen und polizeilichen Bestimmungen sind ohne alle sistematische Ordnung im 4. und 5. Buche des 1. Theiles und im 2. Buche des 2. Theiles der L. O. enthalten.

Atzung ainen Tag, wo man jnen Wein gibt, auch ain Phund perner. So man aber ainen nit Wein geben hat, Sechß Kreützer außrichten. Wo aber an etlichen Enden der Geprauch ist, an Fenngknuß Gelt oder Atzung weniger zu geben, dabey soll es noch beleiben."

[184]) B. 2. Th. 1. R. 17. „Ob aber ain oder mer Personen umb Unschuld fenngklich angenomen unnd eingelegt wurden, Die sollen der Atzung unnd Gefenngknußgelt ledig sein. Wo aber Ainer mit seinen vorigen übelthaten, ungeschicktem Wesen oder Droworten zu solihem verdacht, unnd gefenngknuß ursach geben hat, unnd doch sein unschuld der Sach, darumben Er angenomen ist, außfuerte, so soll es alßdann gegen denselben Gefanngen mit Atzung unnd Thurngelt gepürlichen gehalten, unnd nach gestallt der anzaigung unnd Indizia, darauf er gefanngen ist, unnd seines vorigen wesen unnd nach Rat der Geswornen gehanndelt werden."

[185]) B. 2. Th. 1. R. 44. „Wo aber nit sovil vorhannden ist (von des Thäters Hab unnd Guet), so wöllen wir den Costen von Obrigkait allain geben. Dergleichen soll es auch mit denen, so aigen Gericht haben, gehalten werden."

[186]) B. 2. Th. 1. R. 45. „Ob auch ain Todsleger durch Unns, Unnser Erben, Nachkomen, oder yemannbt von unnsertwegen (die das Gewalt oder Macht haben) begnadt wurde, oder ain annder übelthäter, der soll alßdann in dem Gericht, da er gefanngen gelegen ist, umb die Atzung abkomen."

[187]) B. 2. Th. 1. R. 43. „Hierinnen nemen wir auß, die Recht-Ordnungen, Er-

I. Die politischen Bestimmungen sind sehr dürftig und beschränken sich auf Feststellung der Orte, an denen die Landtage gehalten werden sollten, auf Anordnung einer neuen Beeidigung aller Unterthanen, auf das Steuerwesen und die Aufbewahrung der Urkunden der s. g. „Landesfreiheiten".

Die Landtage sollten abwechselnd zu Innsbruck, Hall, Sterzing, Brixen, Meran oder Botzen gehalten werden [188]). Mit Rücksicht auf den drohenden Ausbruch des Bauernkrieges in Tirol, auf die namentlich im Fürstenthume Brixen bereits stattgefundenen unruhigen Bewegungen und auf die überhaupt im ganzen Lande in bedrohlicher Weise hervortretenden Symptome einer höchst bedenklichen Erschütterung des Ansehens der kirchlichen und weltlichen Obrigkeit sah sich die Regierung veranlaßt eine neue Ablegung des Eides der Treue von Seite aller Bürger der Grafschaft Tirol anzuordnen [189]).

Ebenso sollten hiezu alle Dienstbothen, Handwerker in den Städten [190]), dann alle Bergwerksverwandten und Einwohner der verschiedenen Gerichte des Landes verhalten werden [191]). Alle Unterthanen waren verpflichtet, ihre Dienstbothen, Taglöhner u. dgl. der betreffenden Obrigkeit anzuzeigen, damit sie von derselben zur Ablegung des

---

findungen unnd Gesatz Unnser Perckhwerch, das dieselben hierinnen gannz gesonndert unnd außgefloßen sein sollen."

[188]) B. 1. Th. 5. R. 23. „Die Lanndtäg sollen allwegen ainer im Lannde der Etsch zu Meran oder Botzen, der annder im Ynntal zu Yunßprugg oder Hall, der drit zu Stertzing oder Brichsen gehalten werden."

[189]) B. 1. Th. 4. R. 1. „Unnd damit das Burgerlichwesen in gueter Erbarkait, ainigkait unnd gehorsame erbalten werde, so ist Unnser Will unnd mainung, Das alle Burger jre Burgerliche phlicht mit den Ayden oder Gelübten yetz in disen sorglichen Leüffen, unnd sunst zu yeder zeit, so das die notdurft ervordert, von newen thuen Unns als Herren unnd Lanndtsfürsten, Auch jren Burgermaistern unnd Richtern als jrer Obrigkait in allen diß Unnsers Lanndts unnd den Statt Gehaften unnd obliegenden Sachen unnderthänig, gehorsam, phlichtig unnd gewärtig sein sollen unnd wöllen."

[190]) B. 1. Th. 4. R. 3. „Das auch alle Innwoner, Diennst- unnd Hanndtwerchsleüt, wann unnd so oft Sy in die Stett komen, unnd sich mit Diennsten, Arbaiten, unnd in annder weg darinnen niderlassen, in denselben Stetten den Burgermaistern oder Richtern, bey denen Sy sich mit Diennsten, Gewerb oder Arbait ennthalten, an Aids statt anloben Unns als Herren unnd Lanndtsfürsten, darzue den Burgermaistern, Rat unnd Richtern in allen gepürlichen unnd obligenden Gehaften unnd Sachen gehorsam zu thuen, unnd nit widerspennig sein wöllen unnd söllen."

[191]) B. 1. Th. 4. R. 4. „Deßhalben ist Unnser Bevelh unnd mainung, das solhe Phlicht gleicher weyß, wie obsteet (siehe Note 190) in allen Perckh- unnd anndern Gerichten von allen Unnderthanen, Sy seyen angesetzen, wonhaft, oder ledig, durch jre Gerichtsherrn, Phleger, Perckh- unnd annder Richter vernewt unnd genomen."

erwähnten Eides verhalten werden [192]). Wer die Ablegung dieses Eides verweigerte, sollte mit dem Verluste des Bürgerrechtes und mit Landesverweisung bestraft werden [193]).

In Bezug auf die Besteuerung des Adels und der Geistlichkeit wurden die Bestimmungen des auf die Verhandlung des im Jahre 1500 zu Botzen abgehaltenen Landtages erfolgten Landtagsabschiedes benannt: „Artickel der Steür" in die L. O. aufgenommen, wornach der käufliche Uebergang von Grundstücken, Häusern, Renten u. s. w. von Adeligen oder Geistlichen an Bürger oder Bauern oder umgekehrt an der bisherigen Steuerpflichtigkeit der Grundstücke keine Aenderung hervorbringe; auch sollte jede solche Besitzveränderung der betreffenden Obrigkeit angezeigt und bei derselben vorgemerkt werden. Eine Unterlassung dieser Anzeige zog die Konfiskation des Kaufobjektes nach sich [194]). Der Adelige, der in

---

[192]) B. 1. Th. 4. R. 5. „Es sollen auch alle Unnderthanen phlichtig sein, jre Diennstleüt, Arbaiter unnd Hanndtwercher, was Sy der haben, jren Burgermaistern unnd Richtern, damit Sy das Gelübdt oder den Aid thuen, wie obsteet, anzuzaigen."

[193]) B. 1. Th. 4. R. 2. „Wo dann etlich in solher Ernewung jrer Phlicht unnd Aid ungehorsam unnd widerspennig sein wollten oder befunden wurden, das man die als Argwönig unnd verdächtlich (zu denen man sich wenig vertrawens versehen mag) jrer Burgerrecht Entsetzen, unnd hinfüro in Stetten nymmer gedulden, damit Sy annder gehorsam Burger nit zu widerwärtigkait, noch ungehorsam bewegen, Angesehen, das in Stetten unnd Erhaltung derselben nichts schedlichers sein kan oder mag, denn Zwietracht unnd ungehorsam der Burger."
B. 1. Th. 4. R. 4. „Unnd welche Personen sich des widern (i. e. die Eidesleistung verweigern), oder ungehorsam Erscheinen wurde, den soll das Lanndt verpotten, unnd ferrer kainswegs darinn enthalten werden."

[194]) B. 1. Th. 5. R. 14. „Dann beruerend die Stewrn unnd Raysen von denen vom Adel Gueter unnd Stuch, Damit soll es gehalten werden innhalt des Artikels im großen Lanndtag zu Botzen der Stewr halben im fünffzehenhundertisten Jar beslossen, laut also:
B. 1. Th. 5. R. 15. „Artikel der Steür."
„Von wegen den Rännt, Zynnß, Nutz, Gülten, Heüser unnd annderer Gueter, so die von Prelaten oder Adel von denen auß den Stetten unnd Gerichten, deßgleichen die auß den Stetten unnd Gerichten von den Prelaten oder Adel kauffen, dieselben Rännt, Zynnß, Nütz, Gült unnd Heüser oder annder Gueter, die sollen unangesehen solher erkauffung versteürt unnd verraißt werden mit dem Stannd, Es sey von Prelaten, Adel, Stetten oder Gerichten, darinnen dann das yetzo ist, unnd versteürt wirdet, wie dann das auf vorgehaltem Lanndtag zu Botzen des vorbestimmten fünffzehenhundertisten Jars auch angesehen unnd fürgenomen ist. Ob aber yemanndt sich in sölher Erleütrung widern, unnd der nicht geleben wurde, der oder dieselben sollen von der Obrigkait darzue gehalten werden."
„Unnd damit aber alle Stännd solher verännderung unnd verkauffung wißen haben mügen, soll ain yeder, der Rännt, Zynnß, Gült oder Gueter von Prelaten oder Adel kaufft, denselben Kauff in Kayserlicher Majestät unnd

den Städten oder auf dem Lande ein Gewerbe betrieb, wurde verpflichtet, einen verhältnißmäßigen Antheil der Gemeindelaſten zu tragen [195]). Ebenſo mußten alle Adeligen und Geiſtlichen, welche Grundſtücke beſaßen, zur Beſtreitung der Koſten von allfalls ſich als nothwendig herausſtellenden Waſſerſchutzbauten nach Verhältniß beizutragen [196]). Auch wurden einige der neu eingeführten Mauthſtationen im Puſterthale wieder aufgelaſſen [197]). In Bezug auf die Aufbewahrung der Landesfreiheitsbriefe beſtimmt die L. O., daß ſelbe in Meran deponirt, und je Ein Schlüſſel des betreffenden Aufbewahrungsbehältniſſes jedem der drei Stände, Adel, Bürger- und Bauernſtand nebſt einem gedruckten oder geſchriebenen (in dieſem Falle aber beglaubigten) Exemplare der L. O. übergeben werden [198]).

---

yetzt in Unnſer Tiroliſchen Kantzley zu Ynnßprugg, oder dem Haubtmann der Etſch anſagen, unnd deßhalben in ain Buech eingeſchriben werden. Welcher aber ycht von den auß Stetten oder Gerichten kaufft, das vor mit Inen geſteüret hat, der ſoll das in den Stetten dem Burgermaiſter unnd Stewrer, unnd in den Gerichten dem Richter unnd Stewrer zu wiſſen thuen, allweg bey verlierung deß, ſo ainer alſo gekaufft, das auch alßdann von ainem yeden durch die Obrigkait an denſelben Ennden eingetzogen, unnd zu notdurft der Lanndtgebew gewenndt, Damit die Anſleg darauf beſchehen unnd gemacht werden mügen."

[195]) B. 1. Th. 5. R. 13. „Welche von Adel ſich in Stetten unnd Gerichten mit haußhäblichem weſen niderlaßen, unnd ſich Weinſchennkens, oder annderer Kauffmannsgewerb, unnd Hanndtierung geprauchen wurden, von demſelben Gewerb unnd Weinſchennken Sollen Sy mit der Statt oder Gericht, wie Annder, mitleiden tragen."

[196]) B. 1. Th. 5. R. 16. „Was Stuckh, Grunndt unnd Gueter die von Prelaten unnd Adel in Stetten unnd Gerichten ligen haben, der Ennde man zu bewarung derſelben Grunndt, Stuckh unnd Gueter notdurftig waßergepew thuen ſoll unnd mueß, ſollen Sy in den Coſten derſelben waßergepew, ſovil ſich jren Stuckhen, Grunndten unnd Guetern nach gepürt, mitleiden tragen, unnd in dem, den Coſten zu betzalen verhelffen."

[197]) B. 1. Th. 5. R. 17. „Der Newen Zöll unnd Auffleg halben zu Sant Laurentzen, Olang unnd zwiſchen den dreyen waßern, darzue der Maut zu Traburg (i. e. wohl wahrſcheinlich Oberdrauburg in Oberkärnthen an der tiroliſchen Grenze), dergleichen des Zolls an der Sag bey Toblach, wöllen wir, damit nyemanndt wider die yillichait unnd alt herkomen mit newen Zöllen beſwert werde, genedig fürſehung thuen."

[198]) B. 1. Th. 5. R. 24. „Dieweil ſich die drey Stännde ainer Erſamen Lanndtſchafft, als Adel, Statt unnd Gericht des mitainander ſelbs guetlich veraint haben, Alſo, das dieſelben Lanndtsfreyhaiten zu Meran in der Haubtſtatt gegen ordenlicher verſchreybung, die Burgermaiſter, Rat unnd Gemainde, alda ainer Erſamen Lanndtſchafft geben, bis auf derſelben Unnſer Lanndtſchafft ervordern hinterlegt, unnd in ain Truhen mit ungleichen Sloßen bewart, davon dann yedem Stannd ain Slüßel mitſambt diſer Unnſer Lanndtsordnung im Druch oder ſonſt gegen gepürlicher Betzalung gleüblich Abſchrifften gegeben unnd überanntwurt werden ſolle, Solhes laßen wir unns auch gevallen."

II. Umfassender als die politischen sind die polizeilichen Bestimmungen der L. O., welche sich auf die mannigfaltigsten Verhältnisse beziehen.

Wer sich in einer Gemeinde, in Städten oder auf dem Lande niederlassen wollte, mußte den Bürgermeistern oder Richtern des betreffenden Ortes vorerst den oben erwähnten Unterthaneneid leisten und an allen persönlichen und dinglichen Gemeindelasten, als: Wachedienste, Steuern u. s. w. mittragen [199]). Sämmtliche Dienstbothen, Taglöhner u. s. w. wurden einer strengen Aufsicht der betreffenden Obrigkeit in Stadt und Land, namentlich in Bezug auf damals häufig vorkommende Forderung zu hoher Löhne, unterworfen [200]). Einen Dienstbothen, der ohne genügenden Grund vor der bedungenen Zeit seinen Dienst verließ, sollte Niemand aufnehmen, der es dennoch thut, sollte bestraft werden [201]). Die größte Berücksichtigung fand in der L. O. das weite Gebieth der Marktpolizei; da finden wir detaillirte Bestimmungen über den Verkauf der Waaren und insbesondere der Lebensmittel, über Maß und Gewicht und über Wuchergeschäfte. Was nun zuvörderst den Verkauf der Waaren betrifft, so wurde den Gesellschaften von Händlern und den fremden Kaufleuten strengstens verboten, bei den Messen und Jahrmärkten oder unmittelbar vor denselben, Waaren in größerer Quantität um höhere Preise als die Marktpreise des Tages aufzukaufen bei Strafe der Konfiskation der gekauften Waare [202]). Insbesondere war das Aufkaufen

---

[199]) B. 1. Th. 4. R. 6. „Dergleichen sollen hinfüro in diesem Unnserm Lannde kaine ledige knecht, noch annder, sich ainich Gewerb noch händndel zu treiben oder zu dienen weder in Stetten, Gerichten oder auf dem Lannde Niderlaßen, noch aufgenomen, unnd zu dienen gestatt werden, allein Sy tragen dann in Stewr, Raysen, Wach unnd anndern des Lanndts obligen mitleiden, Unnd das Sy zuvor denselben Burgermaistern und Richtern die Phlicht unnd Aid thuen, wie vorbegriffen unnd anzaigt ist."

[200]) B. 1. Th. 5. R. 11. „Deßhalben Ordnen unnd Setzen wir, daß in Stetten durch Burgermaister unnd Rat, unnd in den Gerichten, Oberkeiten unnd auf dem Gew durch die Phleger, Richter unnd Ambtleüt, aller Hanndtwercher halben, Taglöner, Pawknecht, Dienstmägt unnd annder Gehalten, Maß unnd Ordnung gegeben, damit Sy nyemanndt mit der Besoldung, noch in annder weg geverlich nit übernemen, noch beswären, wie dann die gelegenhait unnd notdurft aines yeden orts ervordert."

[201]) B. 1. Th. 5. R. 12. „Unnd wellichen Gehalt sein zeit oder Jar on genuegsam ursach nit außdient, den soll nyemanndt ferrer fürdern, noch Im sein Sold vervolgen. Unnd wer in darüber helt, oder aufnimbt, der soll durch Obrigkait an denselben Enden, wie sich gepürt, gestrafft werden."

[202]) B. 1. Th. 4. R. 19. „Nachdem unnzher in disem Unnserem Lannde etlicher maßen durch die Gesellschafften mit iren Kaufmannshanndlungen, unnd im Fürkauf den Unnderthanen etwa vil Irrungen unnd beswerung fürgefallen

des Getreides verboten; die Obrigkeit sollte darüber wachen, daß Niemand mehr als den Hausbedarf kaufe, um den Armen dasselbe nicht zu sehr zu vertheuern, und daß kein im Inlande gekauftes Getreide außer Lands geführt werde[203]). Ferners erstreckte sich das Verboth des Aufkaufens auf Wein, Viehfutter, Salz, Käse, Schmalz, Stroh, Holz, Vieh, Eier und mehrere andere im gewöhnlichen Leben benöthigte Artikel; Dawiderhandelnde wurden mit der Konfiskation der aufgekauften Waare bestraft[204]). Weiters wurde im Interesse der Schuster, Sattler und anderer dergleichen Handwerker auch das Aufkaufen des Leders verboten[205]), und selbst wenn Jemand das Aufkaufen von Leder durch

---

sein, darein Unns als Herren unnd Lanndtßfürsten zusehen gepürt, damit derhalben guet Ordnung gehalten, unnd hierinn nyemanndt wider die billichait beswärt werde, demnach Ordnen unnd Setzen wir, Das hinfüro kainer Gesellschafft, noch frembden Kaufleuten in obgedachtem Unnserm Lannde, Herrschafften unnd Gepieten nit gestatt werden soll, in den offen beruefften Meßen oder Jarmärchten oder negst darvor ainiche Gueter oder Waar umb merer Schatzung oder Auffleg willen vor außgang derselben Meßen oder Märchte aufzukauffen, noch ainichen Packt, den die Kauffer oder verkauffer haimlich, noch offenlich machen möchten, Bey verlierung der Waar, Sunder was also ain yeder vor Kaufmannswaar auf die Märcht bringt, soll er bey der Elen, Maß oder Gewicht treülich, erbarlich unnd ungeverlich bis zu Ennde der Meß oder Marchts außmeßen, außwegen unnd verkauffen."

[203]) B. 1. Th. 4. R. 20. „Ain yedtlicher Lanndtmann mag zu seines Haußhabens notdurft inner Lannds Traid kauffen unnd on menigklichs Irrung in sein behausung haimfueren, von Stett unnd Gerichten unaufgehalten. Wer aber außer Lanndts Korn kauft unnd im Lannde nit verkaufft, mag Er dasselb Korn wol auß dem Lannde fueren unnd verkauffen, wo er will. Wer auch Korn zu freyem Kauff fuert, soll in Unnsern Stetten unnd Gerichten darein gesehen werden, damit ainer nit mer, dann zu seines Haußnotdurfft aufkauffen, unnd die Armen neben den Reichen zu jrer notdurfft auch Traid umb jr bezalung haben unnd kauffen mügen. Dergleichen wer im Lannde, es sey auß den Cästen, oder in annder weg Traid zu verkauffen hat, dem soll nit gestatt werden, das frembden außer Lanndts zu geben, allein es seyen denn zuvor die Inmlenndischen mit Traid zu faylem Kauff notdurftiglich versehen."

[204]) B. 1. Th. 4. R. 23. „Es soll auch hinfüro nyemanndt weder in Unnsern Stetten, Gerichten, auf den Straßen oder Lannde, was zu freyem Kauff zue unnd in die Stett gefuert wirdet, es sey Wein, Getraid, Fueter, Käß, Saltz, Smaltz, Unslit, Smer, Hey, Stro, Holtz, Vih, Hüener, Ayr unnd Annders aufkauffen, unnd wider verkauffen, bey verlierung der Hab, so on genad genomen werden soll."

[205]) B. 1. Th. 4. R. 21. „Es soll nyemanndt in disem Unnserm Lannde kain Leder bey verlierung desselben on Erlaubnuß unnd vorwißen der Obrigkait Aufkauffen unnd wider verkauffen, Sunder die Heüt unnd das Leder sollen nach dem Gewicht kaufft unnd verkaufft, auch in allen Unnsern Stetten unnd Gerichten Ordnung gehalten, damit die Schuechmacher, Satler, unnd annder dergleichen Hanndtwercher im Lannde vor menigklich in zimlichen Erbaren Kauff nach Aufsatzung der Obrigkait an yedem ort mit genuegsamen Leder versehen werden, damit Sy das Geschuech unnd annder jr Arbait nach jrer Aufsatzung in rechtem Kauff geben mügen."

der Beschluß der Geschwornen auf Stellung der peinlichen Frage aus, so mußte der Richter hiezu drei Geschworne und einen Gerichtsschreiber beiziehen [169]). Wenn der Inquisit bei der peinlichen Frage ein Geständniß abgelegt hatte, mußte der Richter fünf oder sieben ehrenhafte Männer, darunter zwei oder drei Geschworne, welche im vorliegenden Falle das Recht zu sprechen hatten, zu sich berufen, in deren Gegenwart dem Beschuldigten sein zu Protokoll genommenes Geständniß vorgelesen wird; wurde dasselbe von ihm ohne Anwendung der Folter wiederholt, so mußte dieß wieder zu Protokoll genommen, das Protokoll vor der Berathung über das zu fällende Urtheil sämmtlichen hiebei intervenirenden Geschwornen vorgelesen und von den bei Wiederholung des Geständnisses gegenwärtig gewesenen fünf oder sieben Männern und beziehungsweise Geschwornen bei ihrem Eide einhellig als richtig bestätiget werden. Nur ein in solcher Weise erzieltes und beglaubigtes Geständniß wurde als ein rechtskräftiger Beweis betrachtet und konnte als Grundlage eines giltigen Urtheils angenommen werden [170]).

War der Richter der Meinung, daß die Angaben der gefolterten Person lediglich durch Furcht und Schmerz erpreßt, oder aus Feindschaft gegen andere entsprungen und nicht wahr sein, so mußte er hierüber den Geschwornen Bericht erstatten, und sofort weiters nach ihrem Beschlusse verfahren [171]). In Bezug auf die „Absager" ist speziell be-

laßet, Soll er die maisten vom Rat der Statt oder der Geswornen des Gerichts seiner verweſung zu Im ervordern, denselben lauter antzaigen, warumb die Personen angenomen seyn, unnd nachmals nach Rat derselben, oder was das merer ist, mit der Gefanngen person, das sey mit Frag, oder im aunder weg, darauff hanndeln, unnd außerhalb solhes durch sein selbs fürnemen kain personn zichtigen (i. e. eingestehen) noch fragen laßen."

[169]) B. 2. Th. 1. R. 9. „Wo ainer oder aine an die Frag unnd Marter erkent wirdet, soll der Richter Drey auß dem Rat oder von den Geswornen zu jme nemen, dieselben Personn also in jrer unnd des Gerichtsschreibes gegenwärtigkeit fragen, wie dann das vor Erkanndt unnd beſloßen ist."

[170]) B. 2. Th. 1. R. 10. „Unnd so ain übelthätige Person an der frag icht, wenig oder vil, mit oder on Marter bekhannt hat, so soll der Richter fünff oder Syben Erbar Mann, darunder Zwen oder Drey der Geswornen desselben Gerichts sein söllen, zu jme ervordern, vor denen soll die übelthätig Person jr gethanen urgicht unnd bekanntnuß ermant, unnd jr dieselb vorgelesen werden. Unnd so Sy die also gethan unnd volbracht hab, on Marter bekennet, so soll der Gesworen Gerichtschreiber desselben Gerichts dieselbig Urgicht unnd Bekanntnuß lauter unnd aigentlich auffschreiben unnd die alßdann an dem Tag, davon die übelthätig Person für Recht gestellt wirdet, vor dem Urtail den anndern Räten oder Geswornen verlesen. Unnd wann die ermelten fünff oder Syben Gezeügen die Urgicht also bekennt unnd bestätt, bey jren Aiden ainhelliglich bekhenen, alßdann ist desselben bekhennen genueg, unnd mag man darauf urtailen."

[171]) B. 2. Th. 1. R. 7. „Unnd so ain Person zu der Frag unnd Marter erkannt wirdet, unnd ychts auf sich selbs oder annder bekhent, söllen sich die Richter

stimmt, daß, falls sie behaupteten, von der Obrigkeit auf ihr Ansuchen keinen Rechtsschutz erhalten zu haben und deßhalb zur Selbsthilfe geschritten zu sein, ihnen vor Einleitung der strafgerichtlichen Untersuchung die Beweisführung hierüber gestattet werden müsse; sofort sollte das Gericht entscheiden, ob selbe als gelungen oder mißlungen zu betrachten sei und demgemäß die Angeschuldigten entweder freilassen oder die peinliche Untersuchung wider sie einleiten [172]).

Alle strafgerichtlichen Verhandlungen, als: Verhöre, Urtheilsschöpfungen u. s. w. wurden bei verschlossenen Thüren vorgenommen [173]). Nur im Falle einer Anklage wegen Ehrenbeleidigung oder Verletzung des guten Leumundes war die strafgerichtliche Verhandlung öffentlich, das Urtheil jedoch wurde auch in solchem Falle bei verschlossenen Thüren gefällt [174]). Wurde ein Verbrecher in flagranti ergriffen, so wurde keine weitere Untersuchung eingeleitet, sondern sofort zur Aburtheilung geschritten, es wäre denn, daß durch die Aussagen des Ergriffenen andere Personen kompromittirt erschienen, worüber dann allerdings die nöthigen Erhebungen zu veranlassen waren [175]).

---

aigentlichen darinn erkunnden, ob die personn das auß forcht, Marter oder feindtschafft auf sich selbs oder annder annder bekennt hett. So sich dann erfindt auß derselben gichtigung, daß die jm selbs oder anndern unrecht gethan, unnd nicht die warhait gesagt hat, alßdann soll der Richter solhes fürder an den Rat oder die Geswornen des Gerichts seiner Verwesung bringen unnd weiter nach Rat oder Erkanntnuß des merern tails hierinnen sovil sich gepürt volfaren."

[171]) B. 2. Th. 1. R. 52. „Ob sich ain Absager, So Er zu fenngknuß beacht wirdet, vor unnd in der Marter, das Er von der Hohen Obrigkait Rechtloß gelaßen were unnd das Recht nicht bekommen het mügen oder annder dergleichen begründt Ursachen, die jn zu sölher Absagung gedrungen hetten, beweysßlich fürzubringen Erpewt, so soll derselb Absager, eemalen Er für das Malefitz gestellt wirdet, durch seinen Prokurator zu solher Beweysung gelaßen unnd soverr Er ainich Beweysung fürpringt, so soll vor unnd Er für das Malefitz Recht gestellt wirdet, darüber ergeen was Recht ist. Unnd soverr die Beweysung nicht für genuegsam Erkennt würde, so soll alßdann vor dem Malefitzrichter unnd den Geswornen ergeen unnd gehanndelt werden, was Malefitzrecht ist."

[173]) B. 2. Th 1. R. 13. „Es sollen die gewelten Rät von Stetten, dergleichen die Geswornen auß den Gerichten mitsambt den Richtern all hievor unnd hernach volgende Hänndel mit versloßener Thür haben, zu hanndeln unnd zu urtailen."

[174]) B. 2. Th. 1. R. 12. „Wann ainer oder aine jres glimpfs Eeren beschuldiget wirdet, Das soll allweg durch die Richter unnd die Zwelf Geswornen offenlich gehört, unnd nachmalen die Urtail mit besloßener Thür verfaßt unnd alßdann den Partheyen offenlich verkündt werden."

[175]) B. 2. Th. 1. R. 8. „Soverr aber ain Person an warer that mit Hanndeln, Diebstal, Mörderey, Rauberey oder in annder weg (Malefitz beruerend) betretten wurde, unnd nicht auff annder ungeleumbdt Personen bekennet, Alßdann ist nit not, ainicherley weiters erkunnden. Unnd solhes

3. Urtheilsfällung.

Die Urtheile in Straffachen mußten bei verſchloſſenen Thüren gefällt werden [176]). Der ſtändig angeſtellte Richter hatte hiebei nach altdeutſcher Sitte lediglich den Vorſitz zu führen, an der Abſtimmung jedoch ſich nur dann zu betheiligen, wenn die Stimmen der Rechtſprecher getheilt waren, wo dann allerdings ſeine Stimme den Ausſchlag gab [177]). Das durch Stimmenmehrheit gefällte Urtheil wurde nach vorhergegangener Verleſung eines etwaigen demſelben als Grundlage dienenden protokollariſchen Geſtändniſſes des Verurtheilten öffentlich kundgemacht, im Falle einer Verurtheilung zum Tode der Stab über ihn gebrochen, und er ſofort dem Nachrichter zu übergeben, der an der ortsüblichen Richtſtätte die Todesſtrafe zu vollziehen hatte [178]). Wußten die Rechtſprecher in irgend einem ſpeziellen Falle kein Urtheil zu finden, ſo konnten ſie ſich an einen anderen Schöffenſtuhl um Rechtsbelehrung wenden, welches Weisthum dann dem zu ſchöpfenden Urtheile als Grundlage zu dienen hatte [179]). Eine Berufung gegen ſtrafgerichtliche Urtheile war in der Regel ausgeſchloſſen, nur wenn dieſelben offenbar gegen die Landesordnung verſtießen, war eine ſolche an die Oberbehörde zuläſſig [180]).

4. Verfahren gegen Abweſende und Flüchtige.

Dasſelbe beſtand darin, daß abweſende oder flüchtige Verbrecher durch die Frohnbothen in den Städten vor dem Rathhauſe, auf dem

---

ſoll allweg nach gelegenhait ainer yeden Sach unnd Mißethat nach Erkenntnuß des merern Tails der Rät oder Geſwornen Ermeßen werden unnd dabey beleiben."

[176]) Siehe Note Nr. 173.

[177]) B. 2. Th. 1. R. 58. „Unnd die Rät und Geſwornen ſollen Gewalt haben zu urtailen, was Tod oder Straff ain yeder übelthäter oder Maleſitzige Perſon verſchuldt hat."
B. 2. Th. 1. R. 57. „Wo aber die Urtail durch Rat oder Geſwornen gleich Ertailt wurde, Soll der Richter das merer machen, aber ſunſt nicht urtailen."

[178]) B. 2. Th. 1. R. 58. „Unnd was alſo durch das merer erkannt wirdet, ſoll ain yeder Richter nach Verleſung der Urgicht unnd Urtail, den Gerichtsſtab prechen, den übelthäter dem nachrichter überantwurten, den fueren laßen auf die gewöndlich Richtſtat, unnd der gefallen Urtail verſchaffen voltziehen zu thuen."

[179]) B. 2. Th. 1. R. 55. „Ob ainem Rat von der Statt, oder Geſwornen auß ainem Gericht händel fürkämen, die jm in ſeiner Erkanntnuß beſwerung bringen möchten, Soll allweg derſelb in ain anndere Statt oder Gericht umb Rat ſchicken, der jm auch nach lauter antzaigung mitgetailt ſoll werden, damit derſelb dem Rechten nach urtailen unnd Erkennen müge."

[180]) B. 2. Th. 1. R. 14. „Es ſoll nyemanndt geſtatt, noch zuegelaßen werden, von kainem Maleſitzurtail zu dinngen, oder zu appellieren, Sunnder man ſoll dieſelben Urtailen voltziehen. Es wurde dann Sach, das wider diſe Unnſere Satzung unnd Ordnung bewärtlich geurtailt worden were, mag Solhes an die merer Obrigkait zu lanngen, zuegelaßen werden."

Lande vor den Gerichtsstätten dreimal in Zwischenräumen von je 14 Tagen öffentlich aufgefordert wurden an einem bestimmten Tage vor dem Strafgerichte zu erscheinen, welches, falls die Vorladung erfolglos blieb, über den Angeschuldigten zu erkennen hatte, was Rechtens war. Wurde über ihn die Acht ausgesprochen, so mußte das von ihm begangene Verbrechen und das deßhalb gefällte Urtheil öffentlich vorgelesen werden, damit die Blutsfreunde des Verurtheilten sowohl als jene des durch das Verbrechen Verletzten hievon Kenntniß erlangen [181]).

5. Gerichtskosten.

Jeder wegen einer strafbaren Handlung Verurtheilte war in der Regel zur Bezahlung der erlaufenen Gerichtskosten verpflichtet und zwar mußte jedem dem Malefizgericht vorsitzenden Richter und dem hiebei thätigen Gerichtsschreiber je Ein Gulden als s. g. Sitzgeld entrichtet und die Zehrung des Richters, des Gerichtsschreibers und der Geschwornen bezahlt werden. Wo aber das Sitzgeld und die Bezahlung der Zehrungskosten bisher nicht üblich waren, sollte es bei dem Herkommen verbleiben [182]). Ferners mußte jeder Verhaftete sogleich beim Eintritte in das Gefängniß und eventuell bei der Entlassung aus demselben dem Pfleger oder den Gerichsdienern je Ein ß Berner als s. g. Thurmgeld, dann für jeden Tag des Aufenthaltes im Gefängnisse Ein ß Berner, oder nur 6 kr. Atzungsgeld entrichten, jenachdem ihm auch Wein verabreicht wurde oder. Wo aber bisher ein geringeres Thurm- oder Atzungsgeld üblich war, sollte es hiebei zu verbleiben haben [183]).

[181]) B. 2. Th. 1. R. 43. „Es sollen auch die Richter Gewalt haben, ob Todsleger oder annder übelthäter in flüchten weren, unnd nit betretten werden möchten, Denselben durch die Fronbotten in Stetten vor dem Rathauße, unnd in den Gerichten vor den Schrannen offentlichen drey viertzehen Tag nachainander beruessen, unnd den Rechttag benennen laßen. Der Todsleger oder übelthäter kumm oder kumm nicht, so soll doch nicht destminder über jn auf denselben tag enndlich ergeen unnd beschehen, was Recht ist. Unnd so ainer also in die Acht verurtailt, so soll desselben Mißhanndlung mitsambt der gefallen Urtail durch den Gerichtschreyber offenlich verlesen werden, unnd die Fronpoten sollen die Anzaigung der Todsleg oder Mißhanndlung der übelthäter, wie sich die begeben thuen, damit, wo yemanndt auß deß oder der Entleibten freündtschafft, oder annderer übelthäter Freünde da weren, das dieselben auch mennigklich solher hanndlung, Thaten unnd Urtailen wißen haben mügen."

[182]) B. 2. Th. 1. R. 15. „Ainem Malesitz-Richter soll ain Guldein, dergleichen dem Gerichtschreiber auch ain Guldein Sitzgelt unnd mitsambt den Malesitz-Geswornen das Mal betzalt, Aber in Stetten, da man kain Mal zu halten schuldig ist, soll es noch wie von alter herkomen gehalten werden. Darzue in wellichen Gerichten das Sitzgelt zu geben nit im prauch geweßen, dabey soll es noch beleiben."

[183]) B. 2. Th. 1. R. 16. „Wann Ainer fenngklich angenomen ist, soll er ain Phund perner, unnd so der wider Außgelaßen wirdet, auch ain Phund perner den Phleger oder Richtersknechten fur Thurngelt betzalen, deßgleichen für

Stellte sich bei einem Verhafteten im Laufe der Untersuchung die Unschuld heraus, so hatte er weder Thurmgeld noch Atzung zu bezahlen, hatte er jedoch durch frühere Uebelthaten, ungeschicktes Benehmen oder Drohworte Verdacht erweckt und hiedurch Anlaß zur Verhaftung gegeben, so mußte er, wenn er auch unschuldig befunden wurde, dennoch Thurmgeld und Atzung in dem von den Geschworenen in Berücksichtigung der obwaltenden speziellen Verhältnisse zu bestimmenden Betrage bezahlen [184]). Reichte das Vermögen des Uebelthäters zur Bezahlung der Gerichtskosten nicht hin, so wurden selbe aus der landesfürstlichen Kammer, oder eventuell von dem Grundherrn, dem der Bluthann im Gerichtsbezirke zustand, bestritten [185]). Ein wegen einer Uebelthat Verurtheilter mußte auch im Falle einer später erfolgten Begnadigung die bis dahin erlaufenen Atzungskosten bezahlen [186]).

Auf die s. g. Bergwerksverwandten, welche überhaupt eine selbstständige und vielfach exzeptionelle Stellung einnahmen, hatten die gesammten strafrechtlichen Bestimmungen der Landesordnung keine Anwendbarkeit [187]).

Fünfter Abschnitt.

Politische und polizeiliche Bestimmungen.

Die politischen und polizeilichen Bestimmungen sind ohne alle sistematische Ordnung im 4. und 5. Buche des 1. Theiles und im 2. Buche des 2. Theiles der L. O. enthalten.

Atzung ainen Tag, wo man jnen Wein gibt, auch ain Phund perner. So man aber ainen nit Wein geben hat, Sechß Kreützer außrichten. Wo aber an etlichen Enden der Geprauch ist, an Fenngknuß Gelt oder Atzung weniger zu geben, dabey soll es noch beleiben."

[184]) B. 2. Th. 1. R. 17. „Ob aber ain oder mer Personen umb Unschuld fenngklich angenomen unnd eingelegt wurden, Die sollen der Atzung unnd Gefenngknußgelt ledig sein. Wo aber Ainer mit seinen vorigen übelthaten, ungeschicktem Wesen oder Droworten zu solihem verdacht, unnd gefenngkhnuß ursach geben hat, unnd doch sein unschuld der Sach, darumben Er angenomen ist, außfuerte, so soll es alßdann gegen denselben Gefanngen mit Atzung unnd Thurngelt gepürlichen gehalten, unnd nach gestallt der anhaigung unnd Indizia, darauf er gefanngen ist, unnd seines vorigen wesen unnd nach Rat der Geswornen gehanndelt werden."

[185]) B. 2. Th. 1. R. 44. „Wo aber nit sovil vorhannden ist (von des Thäters Hab unnd Guet), so wöllen wir den Costen von Obrigkait allain geben. Dergleichen soll es auch mit denen, so aigen Gericht haben, gehalten werden."

[186]) B. 2. Th. 1. R. 45. „Ob auch ain Todsleger durch Unns, Unnser Erben, Nachkomen, oder yemannds von unnsertwegen (die das Gewalt oder Macht haben) begnadt wurde, oder ain annder übelthäter, der soll alßdann in dem Gericht, da er gefanngen gelegen ist, umb die Atzung abkomen."

[187]) B. 2. Th. 1. R. 53. „Hierinnen nemen wir auß, die Recht-Ordnungen, Er-

I. Die politischen Bestimmungen sind sehr dürftig und beschränken sich auf Feststellung der Orte, an denen die Landtage gehalten werden sollten, auf Anordnung einer neuen Beeidigung aller Unterthanen, auf das Steuerwesen und die Aufbewahrung der Urkunden der s. g. „Landesfreiheiten".

Die Landtage sollten abwechselnd zu Innsbruck, Hall, Sterzing, Brixen, Meran oder Botzen gehalten werden [188]). Mit Rücksicht auf den drohenden Ausbruch des Bauernkrieges in Tirol, auf die namentlich im Fürstenthume Brixen bereits stattgefundenen unruhigen Bewegungen und auf die überhaupt im ganzen Lande in bedrohlicher Weise hervortretenden Symptome einer höchst bedenklichen Erschütterung des Ansehens der kirchlichen und weltlichen Obrigkeit sah sich die Regierung veranlaßt eine neue Ablegung des Eides der Treue von Seite aller Bürger der Grafschaft Tirol anzuordnen [189]).

Ebenso sollten hiezu alle Dienstbothen, Handwerker in den Städten [190]), dann alle Bergwerksverwandten und Einwohner der verschiedenen Gerichte des Landes verhalten werden [191]). Alle Unterthanen waren verpflichtet, ihre Dienstbothen, Taglöhner u. dgl. der betreffenden Obrigkeit anzuzeigen, damit sie von derselben zur Ablegung des

---

findungen unnd Gesatz Unnser Perckhwerch, das dieselben hierinnen gannz gesonndert unnd außgefloßen sein sollen."

[188]) B. 1. Th. 5. R. 23. „Die Lanndtäg sollen allwegen ainer im Lannde der Etsch zu Meran oder Botzen, der annder im Ynntal zu Yunßprugg oder Hall, der drit zu Stertzing oder Brichsen gehalten werden."

[189]) B. 1. Th. 4. R. 1. „Unnd damit das Burgerlichwesen in gueter Erbarkait, ainigkait unnd gehorsame erhalten werde, so ist Unnser Will unnd mainung, Das alle Burger jre Burgerliche phlicht mit den Ayden oder Gelübten yetz in disen sorglichen Leüffen, unnd sunst zu yeder zeit, so das die notdurft ervordert, von newen thuen Unns als Herren unnd Lanndtsfürsten, Auch jren Burgermaistern unnd Richtern als jrer Obrigkait in allen diz Unnsers Lanndts unnd den Statt Eehaften unnd obliegenden Sachen unnderthänig, gehorsam, phlichtig unnd gewärtig sein sollen unnd wöllen."

[190]) B. 1. Th. 4. R. 3. „Das auch alle Innwoner, Diennst- unnd Hanndtwerchsleüt, wann unnd so oft Sy in die Stett komen, unnd sich mit Diennsten, Arbaiten, unnd in annder weg darinnen niderlassen, in denselben Stetten den Burgermaistern oder Richtern, bey denen Sy sich mit Diennsten, Gewerb oder Arbait ennthalten, an Aids statt anloben Unns als Herren unnd Lanndtsfürsten, darzue den Burgermaistern, Rat unnd Richtern in allen gepürlichen unnd obligenden Eehaften unnd Sachen gehorsam zu thuen, unnd nit widerspennig sein wöllen unnd söllen."

[191]) B. 1. Th. 4. R. 4. „Deßhalben ist Unnser Bevelh unnd mainung, das solhe Phlicht gleicher weyß, wie obsteet (siehe Note 190) in allen Perckh- unnd anndern Gerichten von allen Unnderthanen, Sy seyen angesetzen, wonhaft, oder ledig, durch jre Gerichtsherrn, Phleger, Perckh- unnd annder Richter vernewt unnd genomen."

erwähnten Eides verhalten werden [192]). Wer die Ablegung dieses Eides verweigerte, sollte mit dem Verluste des Bürgerrechtes und mit Landesverweisung bestraft werden [193]).

In Bezug auf die Besteuerung des Adels und der Geistlichkeit wurden die Bestimmungen des auf die Verhandlung des im Jahre 1500 zu Botzen abgehaltenen Landtages erfolgten Landtagsabschiedes benannt: „Artickel der Steür" in die L. O. aufgenommen, wornach der käufliche Uebergang von Grundstücken, Häusern, Renten u. s. w. von Adeligen oder Geistlichen an Bürger oder Bauern oder umgekehrt an der bisherigen Steuerpflichtigkeit der Grundstücke keine Aenderung hervorbringe; auch sollte jede solche Besitzveränderung der betreffenden Obrigkeit angezeigt und bei derselben vorgemerkt werden. Eine Unterlassung dieser Anzeige zog die Konfiskation des Kaufobjektes nach sich [194]). Der Adelige, der in

---

[192]) B. 1. Th. 4. R. 5. „Es sollen auch alle Unnderthanen phlichtig sein, jre Diennstleüt, Arbaiter unnd Hanndtwercher, was Sy der haben, jren Burgermaistern unnd Richtern, damit Sy das Gelübdt oder den Aid thuen, wie obsteet, anzuzaigen."

[193]) B. 1. Th. 4. R. 2. „Wo dann etlich in solher Ernewung jrer Phlicht unnd Aid ungehorsam unnd widerspennig sein wollten oder befunden wurden, das man die als Argkwönig unnd verdächtlich (zu denen man sich wenig vertrawens versehen mag) jrer Burgerrecht Entsetzen, unnd hinfüro in Stetten nymmer gedulden, damit Sy annder gehorsam Burger nit zu widerwärtigkait, noch ungehorsam bewegen, Angesehen, das in Stetten unnd Erhaltung derselben nichts schedlichers sein kan oder mag, denn Zwietracht unnd ungehorsam der Burger."

B. 1. Th. 4. R. 4. „Unnd welche Personen sich des widern (i. e. die Eidesleistung verweigern), oder ungehorsam Erscheinen wurde, den soll das Lannbt verpotten, unnd ferrer kainswegs darinn ennthalten werden."

[194]) B. 1. Th. 5. R. 14. „Dann beruerend die Stewrn unnd Rayfen von denen vom Adel Gueter unnd Stuckh, Damit soll es gehalten werden innhalt des Artikels im großen Lanndtag zu Botzen der Stewr halben im fünffzehenhundertisten Jar beslossen, laut also:

B. 1. Th. 5. R. 15. „Artikel der Steür."

„Von wegen den Rännt, Zynnß, Nutz, Gülten, Heüser unnd annderer Gueter, so die von Prelaten oder Adel von denen auß den Stetten unnd Gerichten, deßgleichen die auß den Stetten unnd Gerichten von den Prelaten oder Adel kauffen, dieselben Rännt, Zynnß, Nütz, Gült unnd Heüser oder annder Gueter, die sollen unangesehen solher erkauffung versteürt unnd verraißt werden mit dem Stannd, Es sey von Prelaten, Adel, Stetten oder Gerichten, darinnen dann das yetzo ist, unnd versteürt wirdet, wie dann das auf vorgehaltem Lanndtag zu Botzen des vorbestimmten fünffzehenhundertisten Jars auch angesehen unnd fürgenomen ist. Ob aber yemannbt sich in solher Erleütrung widern, unnd der nicht geleben wurde, der oder dieselben sollen von der Obrigkait darzue gehalten werden."

„Unnd damit aber alle Stännd solher verännbrung unnd verkauffung wißen haben mügen, soll ain yeder, der Rännt, Zynnß, Gült oder Gueter von Prelaten oder Adel kaufft, denselben Kauff in Kayserlicher Majestät unnd

den Städten oder auf dem Lande ein Gewerbe betrieb, wurde verpflichtet, einen verhältnißmäßigen Antheil der Gemeindelaſten zu tragen [195]). Ebenſo mußten alle Adeligen und Geiſtlichen, welche Grundſtücke beſaßen, zur Beſtreitung der Koſten von allfalls ſich als nothwendig herausſtellenden Waſſerſchutzbauten nach Verhältniß beizutragen [196]). Auch wurden einige der neu eingeführten Mauthſtationen im Puſterthale wieder aufgelaſſen [197]). In Bezug auf die Aufbewahrung der Landesfreiheitsbriefe beſtimmt die L. O., daß ſelbe in Meran deponirt, und je Ein Schlüſſel des betreffenden Aufbewahrungsbehältniſſes jedem der drei Stände, Adel, Bürger- und Bauernſtand nebſt einem gedruckten oder geſchriebenen (in dieſem Falle aber beglaubigten) Exemplare der L. O. übergeben werden [198]).

---

yetzt in Unnſer Tiroliſchen Kantzley zu Ynnßprugg, oder dem Haubtmann der Etſch anſagen, unnd deßhalben in ain Buech eingeſchriben werden. Welcher aber ycht von den auß Stetten oder Gerichten laufft, das vor mit Inen geſteüret hat, der ſoll das in den Stetten dem Burgermaiſter unnd Stewrer, unnd in den Gerichten dem Richter unnd Stewrer zu wiſſen thuen, allweg bey verlierung deß, ſo ainer alſo gelaufft, das auch alßdann von ainem yeden durch die Obrigkait an denſelben Ennden eingetzogen, unnd zu notdurft der Lanndtgebew gewenndt, Damit die Anſleg darauf beſchehen unnd gemacht werden mügen."

[195]) B. 1. Th. 5. R. 13. „Welche von Adel ſich in Stetten unnd Gerichten mit haußhäblichem weſen niderlaßen, unnd ſich Weinſchennkens, oder annderer Kauffmannsgewerb, unnd Hanndtierung geprauchen wurden, von demſelben Gewerb unnd Weinſchennken Sollen Sy mit der Statt oder Gericht, wie Annder, mitleiden tragen."

[196]) B. 1. Th. 5. R. 16. „Was Stuchh, Grunndt unnd Gueter die von Prelaten unnd Adel in Stetten unnd Gerichten ligen haben, der Ennde man zu bewarung derſelben Grunndt, Stuchh unnd Gueter notdurftig waßergepew thuen ſoll unnd mueß, ſollen Sy in den Coſten derſelben waßergepew, ſovil ſich jren Stuchhen, Grunndten unnd Guetern nach gepürt, mitleiden tragen, unnd in dem, den Coſten zu bezalen verhelffen."

[197]) B. 1. Th. 5. R. 17. „Der Newen Zöll unnd Auffleg halben zu Sant Laurentzen, Olang unnd zwiſchen den dreyen waßern, darzue der Maut zu Traburg (i. e. wohl wahrſcheinlich Oberdrauburg in Oberkärnthen an der tiroliſchen Grenze), dergleichen des Zolls an der Sag bey Toblach, wöllen wir, damit nyemanndt wider die pillichait unnd alt herkomen mit newen Zöllen beſwert werde, genedig fürſehung thuen."

[198]) B. 1. Th. 5. R. 24. „Dieweil ſich die drey Stännde ainer Erſamen Lanndtſchafft, als Adel, Statt unnd Gericht des mitainander ſelbs guetlich veraint haben, Alſo, das dieſelben Lanndtsfreyhaiten zu Meran in der Haubtſtatt gegen ordenlicher verſchreybung, die Burgermaiſter, Rat unnd Gemainde, alda ainer Erſamen Lanndtſchafft geben, bis auf derſelben Unnſer Lanndtſchafft ervordern hinterlegt, unnd in ain Truhen mit ungleichen Sloßen bewart, davon dann yedem Stannd ain Slüßel mitſambt diſer Unnſer Lanndtsordnung im Druch oder ſonſt gegen gepürlicher Bezalung gleüblich Abſchrifften gegeben unnd überanntwurt werden ſolle, Solhes laßen wir unns auch gevallen."

II. Umfassender als die politischen sind die polizeilichen Bestimmungen der L. O., welche sich auf die mannigfaltigsten Verhältnisse beziehen.

Wer sich in einer Gemeinde, in Städten oder auf dem Lande niederlassen wollte, mußte den Bürgermeistern oder Richtern des betreffenden Ortes vorerst den oben erwähnten Unterthaneneid leisten und an allen persönlichen und dinglichen Gemeindelasten, als: Wachedienste, Steuern u. s. w. mittragen [199]). Sämmtliche Dienstbothen, Taglöhner u. s. w. wurden einer strengen Aufsicht der betreffenden Obrigkeit in Stadt und Land, namentlich in Bezug auf damals häufig vorkommende Forderung zu hoher Löhne, unterworfen [200]). Einen Dienstbothen, der ohne genügenden Grund vor der bedungenen Zeit seinen Dienst verließ, sollte Niemand aufnehmen, der es dennoch thut, sollte bestraft werden [201]). Die größte Berücksichtigung fand in der L. O. das weite Gebieth der Marktpolizei; da finden wir detaillirte Bestimmungen über den Verkauf der Waaren und insbesondere der Lebensmittel, über Maß und Gewicht und über Wuchergeschäfte. Was nun zuvörderst den Verkauf der Waaren betrifft, so wurde den Gesellschaften von Händlern und den fremden Kaufleuten strengstens verboten, bei den Messen und Jahrmärkten oder unmittelbar vor denselben, Waaren in größerer Quantität um höhere Preise als die Marktpreise des Tages aufzukaufen bei Strafe der Konfiskation der gekauften Waare [202]). Insbesondere war das Aufkaufen

---

[199]) B. 1. Th. 4. R. 6. „Dergleichen sollen hinfüro in diesem Unnserm Lannde kaine ledige knecht, noch annder, sich ainich Gewerb noch händel zu treiben oder zu dienen weder in Stetten, Gerichten oder auf dem Lannde Niderlaßen, noch aufgenomen, unnd zu dienen gestatt werden, allein Sy tragen dann in Stewr, Raysen, Wach unnd anndern des Lanndts obligen mitleiden, Unnd das Sy zuvor denselben Burgermaistern und Richtern die Phlicht unnd Aid thuen, wie vorbegriffen unnd anzaigt ist."

[200]) B. 1. Th. 5. R. 11. „Deßhalben Ordnen unnd Setzen wir, daß in Stetten durch Burgermaister unnd Rat, unnd in den Gerichten, Oberffern unnd auf dem Gew durch die Phleger, Richter unnd Ambtleüt, aller Hanndtwercher halben, Taglöner, Pawknecht, Dienstmägt unnd annder Gehalten, Maß unnd Ordnung gegeben, damit Sy nyemannndt mit der Besoldung, noch in annder weg geverlich nit übernemen, noch beswären, wie dann die gelegenhait unnd notdurft aines yeden orts ervordert."

[201]) B. 1. Th. 5. R. 12. „Unnd wellichen Gehalt sein zeit oder Jar on genuegsam ursach nit außdient, den soll nyemannndt ferrer fürdern, noch Im sein Sold vervolgen. Unnd wer jn darüber helt, oder aufnimbt, der soll durch Obrigkait an denselben Gunden, wie sich gepürt, gestrafft werden."

[202]) B. 1. Th. 4. R. 19. „Nachdem unnßher in disem Unnserem Lannde etlicher maßen durch die Gesellschafften mit iren Kaufmannshanndlungen, unnd im Fürkauf den Unnderthanen etwa vil Irrungen unnd beswerung fürgefallen

des Getreides verboten; die Obrigkeit sollte darüber wachen, daß Niemand mehr als den Hausbedarf kaufe, um den Armen dasselbe nicht zu sehr zu vertheuern, und daß kein im Inlande gekauftes Getreide außer Lands geführt werde[203]). Ferners erstreckte sich das Verboth des Aufkaufens auf Wein, Viehfutter, Salz, Käse, Schmalz, Stroh, Holz, Vieh, Eier und mehrere andere im gewöhnlichen Leben benöthigte Artikel; Dawiderhandelnde wurden mit der Konfiskation der aufgekauften Waare bestraft[204]). Weiters wurde im Interesse der Schuster, Sattler und anderer dergleichen Handwerker auch das Aufkaufen des Leders verboten[205]), und selbst wenn Jemand das Aufkaufen von Leder durch

---

sein, darein Unns als Herren unnd Lanndtßfürsten zusehen gepürt, damit derhalben guet Ordnung gehalten, unnd hierinn nyemanndt wider die billichait beswärt werde, demnach Ordnen unnd Setzen wir, Das hinfüro kainer Gesellschafft, noch frembden Kaufleuten in obgedachtem Unnserm Lannde, Herrschafften unnd Gepieten nit gestatt werden soll, in den offen beruefften Meßen oder Jarmärchten oder negst darvor ainiche Gueter oder Waar umb merer Schatzung oder Auffleg willen vor außgang derselben Meßen oder Märchte aufzukauffen, noch ainichen Packt, den die Kauffer oder verkauffer haimlich, noch offenlich machen möchten, Bey verlierung der Waar, Sunder was also ain yeder vor Kaufmannswaar auf die Märcht bringt, soll er bey der Elen, Maß oder Gewicht treülich, erbarlich unnd ungeverlich bis zu Ennde der Meß oder Marchts außmeßen, außwegen unnd verkauffen."

[203]) B. 1. Th. 4. R. 20. „Ain yedlicher Lanndtmann mag zu seines Haußhabens notdurft inner Lannds Traid kauffen unnd on menigklichs Irrung in sein behausung haimfueren, von Stett unnd Gerichten unaufgehalten. Wer aber außer Lanndts Korn kauft unnd im Lannde nit verkaufft, mag Er dasselb Korn wol auß dem Lanndt fueren unnd verkauffen, wo er will. Wer auch Korn zu freyem Kauff fuert, soll in Unnsern Stetten unnd Gerichten darein gesehen werden, damit ainer nit mer, dann zu seines Haußnotdurfft aufkauffen, unnd die Armen neben den Reichen zu jrer notdurfft auch Traid umb jr bezalung haben unnd kauffen mügen. Dergleichen wer im Lannde, es sey auß den Cästen, oder in annder weg Traid zu verkauffen hat, dem soll nit gestatt werden, das frembden außer Lanndts zu geben, allein es seyen dann zuvor die Innlenndischen mit Traid zu saylem Kauff notdurftiglich versehen."

[204]) B. 1. Th. 4. R. 23. „Es soll auch hinfüro nyemanndt weder in Unnsern Stetten, Gerichten, auf den Straßen oder Lannde, was zu freyem Kauff zue unnd in die Stett gefuert wirdet, es sey Wein, Getraid, Fueter, Käß, Saltz, Smaltz, Unslit, Smer, Hey, Stro, Holtz, Vih, Hüener, Ayr unnd Annders aufkauffen, unnd wider verkauffen, bey verlierung der Hab, so on genad genomen werden soll."

[205]) B. 1. Th. 4. R. 21. „Es soll nyemanndt in disem Unnserm Lannde kain Leder bey verlierung desselben on Erlaubnuß unnd vorwißen der Obrigkait Aufkauffen unnd wider verkauffen, Sunder die Heüt unnd das Leder sollen nach dem Gewicht kaufft unnd verkaufft, auch in allen Unnsern Stetten unnd Gerichten Ordnung gehalten, damit die Schuechmacher, Satler, unnd annder dergleichen Hanndtwercher im Lannde vor menigklich in zimlichen Erbaren Kauff nach Auffsatzung der Obrigkait an yedem ort mit genuegsamen Leder versehen werden, damit Sy das Geschuech unnd annder jr Arbait nach jrer Auffsatzung in rechtem Kauff geben mügen."

die betreffende Obrigkeit in irgend einem speziellen Falle erlaubt wurde, sollten die Schuster, Sattler u. dgl. das Recht haben von der fraglichen Waare soviel als ihr Bedarf für den Gewerbsbetrieb erforderte, nach dem Schätzungswerthe käuflich an sich zu bringen [206]).

Weiters enthält die L. O. Bestimmungen über den Verkauf der Fische [207]) und speziell der Häringe [208]), dann des Groß- und Kleinviehes in den verschiedenen Landestheilen [209]) und im Interesse der Sanitätspolizei besonders der Schweine [210]). Ueberhaupt sollte nur echte und unverfälschte Kaufmannswaare feilgeboten [211]), den herumziehenden

[206]) B. 1. Th. 4. R. 22. „Ob aber yemanndt Leder durch die Obrigkait aufzukauffen Erlaubt wurde, So mügen die Schuechmacher, Satler unnd annder dergleichen Hanndtwercher daſſelb Leder, ſovil Sy des zu verſehung irer Werchſtet notdurftig ſein, umb das Gelt, darumb Es kaufft oder geſchätzt iſt unnd nit höher, vor menigklich wol annemen."

[207]) B. 1. Th. 4. R. 29. „Item was von aufgedruckneten oder geſalzten Viſchen in diz Unnſer Lanndt gefuert werden, die all ſollen durch die verordneten Viſchbeſchawer inn Stetten, yeder Viſch in ſeinem Wert beteürt, unnd nach dem Gewicht verkaufft, aber die Carplaun, Häring, Stockviſch, Plateyſten unnd Kreps ſollen nach geſicht unnd irer antzal oder guete beteürt, unnd bey verlierung derſelben alſo hingeben werden."

[208]) B. 1. Th. 4. R. 31. „Dann von wegen der Häring, darinn groß unordnung mit den Tunnen, unnd der Antzal darinn gebraucht wirdet, deßhalben ſollen die Beſchawer Ordnung halten, das ain yede Tunnen großer Häring Tauſent, unnd der Clainen Zwelfhundert halten, unnd der kauff daraufgeſetzt, Unnd in welcher Tunnen mer oder weniger gefunden wirdet, das ſoll dem verkauffer oder kauffer bevorſteen oder abgeen."

[209]) B. 1. Th. 4. R. 32. „Es ſoll nyemanndt außer Unnſer als Herren unnd Lanndtsfürſten vergünnen oder erlauben, geſtatt, noch zuegelaßen werden, das groß, noch klain Vih auß diſem Unnſerm Lannde, Herrſchafften unnd Gepieten zu verkauffen oder zu treiben. Es ſeyen denn die Innwoner deſſelben zuvor mit Fleiſch der notdurfft nach verſehen, Nemlich das groß Vih vor Sannt Michelstag unnd das klain Vih vor Sannt Laurentzentag bey verlierung deſſelben vihs."

B. 1. Th. 4. R. 33. „Doch ſollen hierinn Unnſere Unnderthanen des Gerichts Grenberg auß etlichen gegründeten Urſachen Unns fürgewenndt, des Vih verkauffenshalb außgeſloßen ſein."

B. 1. Th. 4. R. 34. „Es ſoll auch diſer Vihverkauff gegen Unnſern Unnderthanen im Puſtertal auß etlichen beweglichen Urſachen (Unns fürbracht) nit weyter verſtanden werden, dann zwiſchen der Jarmärckht, ſollen Sy von der Zeit wie obſteet, kain Vih auß dem Lanndt verkauffen."

[210]) B. 1. Th. 4. R. 28. „Es ſoll auch nyemanndt, geverlicherweiß kain Phinnig oder unrechtfertig Sweinenfleiſch lebendig oder tod in diz Unnſer Lanndt treiben, fueren, noch verkauffen, bey verlierung der Hab, unnd darzue bey der Peen zehen Marckh Perner. Wo aber ſölhes durch yemanndt verachtt oder übertretten, unnd beweißlich gemacht wurde, ſo ſollen die verkauffer denſelben Schaden abtragen, unnd der, dem Sy ſölh Vih oder Flaiſch verkaufft haben, ſoll jnen das zu betzalen nit ſchuldig ſein."

[211]) B. 1. Th. 4. R. 30. „Doch ſoll nyemanndt zuegeſehen oder geſtattet werden, die Waar, ſo nit Kaufmannsguet oder rechtfertige Waar iſt, zu verkauffen oder in ainichweg zu vertreiben, bey der Peen, Unnd wo dergleichen Waar betretten, die ſoll man verprennen laſſen."

und hausirenden Schotten und Savoyarden der Handel verboten[212]), hingegen die Gewerbsleute in Städten und Märkten verhalten werden, solche Waaren feilzubiethen, mit welchen die fremden Händler handelten, um letztere überflüssig zu machen[213]). Denjenigen Fremden jedoch, welche sich im Lande niederließen und die Steuern, Gemeindeabgaben u. s. w. mitzahlten, wurde der Betrieb des Handels gestattet[214]). Zu strenger Handhabung der Marktpolizei sollten in Städten, Märkten und Dörfern Beschauer und Schätzleute aufgestellt werden, welche darüber zu wachen hatten, daß gute Waare um angemessene Preise und in rechtem Maße und Gewichte feilgeboten und verkauft werde[215]).

Die bis jetzt aufgeführten Bestimmungen sind zum Theile schon in der von Herzog Leopold (Sohn des bei Sempach Gefallenen) im Jahre 1404 gegebenen L. O. enthalten, noch ausführlichere Verordnungen erließ hierüber Kaiser Max I., welche auch der L. O. zur Grundlage dienten.

Schon unter Kaiser Maximilian I. waren im Jahre 1491 strenge Vorschriften gegen den Wucher erlassen worden. Die L. O. verbietet wucherische Verkäufe und wucherische Darleihen in Waaren oder Geld bei Strafe der Konfiskation der betreffenden Waaren oder des Geldes, verfügt nach Umständen noch andere angemessene Strafen und führt

---

[212]) B. 1. Th. 4. R. 35. „Den Schotten unnd Saphoyern soll zwischen der Jarmärckht in disem Unnserm Lannde zu verhuetung ungerechter Waar, Auch Wag unnd Maß, weder in Stetten oder Märckhten, da Wir nit persönlich Unnsre Hofhaltung haben, darzue in den Gerichten, Telern, noch auff dem Laundt bey Aintzigen Heüsern, noch in den gemainen Dörffern nit gestatt werden, jr Waar vailzuhaben noch zu verkauffen."

[213]) B. 1. Th. 4. R. 36. „Doch sollen sich entgegen Unnser Burger in Stetten unnd Märckhten mit der gleichen Waar, so die Saphoyer, Schotten unnd annder frembd Kramer in die Lannbt fueren, versehen, unnd die in zimlichen gleichen Gelt nach gelegenhait yeder Waar geben, unnd darinnen nyemannbt unpillichen beswären oder übernemen."

[214]) B. 1. Th. 4. R. 35. „Welliche (i. e. Schotten und Savoyarden) sich aber in die Stett, Märckht oder Dörffer mit wonung unnd haußhäblichen wesen niderlaßen, unnd mit anndern Unnsern Burgern, Innwonern unnd Unnderthanen Stewrn, Raysen unnd mitleiden tragen, die mügen sich, wie anndere Unnsere Lannbleüt an denselben enuden failhaltens, kauffen unnd verkauffen gebrauchen."

[215]) B. 1. Th. 4. R. 24. „Doch das in solhem allen in Stetten, Märckhten unnd Gerichten durch die Obrigkait Beschawer unnd Schätzer geordennt, die jr fleißig auffsehen haben sollen, unnd darob halten, damit nit ungepürlich auffleg beschehen, unnd alle Waaren in zimlichem, Erbaren, dem Kauffer unnd Verkauffer leidenlichen kauff nach gelegenhait der Zeit unnd Jar, mit rechter Wag unnd Maß gegeben werden müge."

als Motiv dieses Gesetzes den nothwendigen Schutz der Armen gegen die Uebervortheilungen von Seite der Reichen an[216]).

Umfassende Bestimmungen enthält ferners die L. O. über Maß und Gewicht. Dieselben beziehen sich 1. auf die allgemeine Einführung der s. g. Innsbrucker Elle im ganzen Lande, wodurch alle bis dahin bestandenen Längenmaße, namentlich die viel kleinere italienische Elle (braccio) außer Geltung kamen. Bei allen Obrigkeiten sollte ein solcher Maßstab zur allgemeinen Richtschnur und Entscheidung in allfälligen Streitfällen vorhanden sein[217]), 2. auf eine genaue Aufsicht über die

---

[216]) B. 1. Th. 4. R. 25. „Nachdem etlich den Armen unnd unvermüglichen Personen auf Zynnß, Ligende Gueter auf jr nutzung der Wein, Getraid unnd anders darzue auf etlich zeit auf Wucherisch Keüff fürleihen, damit Sy die Armen in nöten, unnd etlich gar von jren Guetern; Narungen unnd haußhäblichen wesen trinngen, unnd jnen an Gelt, Traid unnd ander Waar in hohem anslag zuestellen. Deßhalben Setzen unnd Ordnen wir, Das solh unordenlich beswerlich Keüff unnd fürleihen bey verlierung des fürgestreckhten Gelts unnd der Waar, so on gnad genomen, unnd nichts weniger dieselben fürleiher nach gelegenhait des fürleihens gestraff werden, hiemit verpotten sein sollen."
B. 1. Th. 4. R. 26. „So geben auch etlich Wein, Traid unnd anders den Armen leüten auf Pyt unnd slagen ain unerhörten gewin darauff. In sollichem ist Unnser bevelch unnd mainung, Das in allen Unnsern Stetten, Herrschafften unnd Gerichten durch Burgermaister, Rat unnd Richter mit Fleiß gesehen unnd darob gehalten werde, damit der Arm Mann mit dergleichen beswerlichen unerhörten Keüffen unnd Fürleiben wider die gemainen Keüff nit gedrungen, noch den verkauffern (bey verlierung der Hab) nit gestatten, Wo aber die Waar oder Hab verwenndt were, sollen Sy umb sovil Gellt, als die Hab oder Waar wert gewesen gestrafft werden."
B. 1. Th. 4. R. 27. „Dann von wegen des lebendigen Swainenslaischs, so in Ditz Unnser Lannde getriben, unnd der gemain Mann von den Sweintreybern gräßlich damit beswert, also das jnen sölh Sweinenslaisch auf Borg unnd Pyt in hohem gelt gegeben wirdet, Das zu verhueten sollen hinfüro in allen Stetten unnd Gerichten Beschawer geordennt, die jr fleißig auffsehen haben, damit nyemanndt hierinn unpillich übernomen, Sunder dasselb mager slaisch Järlich nach dem Phunndt, dergleichen die saißten Swein unnd die Swainen Pachen, so in Läden oder sonnst verkaufft, sollen geschätzt unnd yedes Phunndt nach gelegenhait der zeit unnd jar zu verkauffen bestimbt werden. Aber was slaisch auff Pyt geben wirdet, mag das Phunndt umb ain fierer höher betzalt, unnd man soll von ainem yedem Swein Wegerlon ain Kreützer betzalen."

[217]) B. 1. Th. 4. R. 7. „Deßhalben Setzen unnd Ordnen wir, das hinfüro durch das gannz Lannde diser Unnser fürstlichen Grafschafft Tirol, in dem Pustertal, darzue in Unnser Herrschafft Statt unnd Lanndtgericht Lyenntz, Auch in den dreyen Herrschafften Ratemberg, Kuefftain unnd Kitzpühel, unnd in baiden Stifften Triennbt unnd Brichsen ain Ellen, wie die yetzt in Unnser Statt Ynnßprugg im brauch ist, gehalten, darnach sollen alle Wulleintuecher, Leinwanndt unnd Parchanndt, Auch alle Seidine unnd annd annder waar, so nach der Ellen gemeßen, kaufft unnd verkaufft werden."
B. 1. Th. 4. R. 8. „Es sollen auch Burgermaister, Richter unnd Rat in Stetten, unnd die Phleger, Richter unnd Geswornen in den Gerichten, der

ausländiſchen Tuchwaaren, welche auf inländiſchen Märkten zum Verkaufe ausgeſtellt wurden, und von gehöriger Länge und Breite und mit dem Siegel des Ortes ihrer Erzeugung verſehen ſein mußten[218]), 3. auf Einführung eines allgemeinen gleichen Kornmaßes als welches das im Landgerichte Schwatz und Freundsberg übliche Star erklärt wurde[219]), 4. auf Einführung eines allgemeinen gleichen Weinmaßes[220]), nämlich der Botzner Yhrn, eingetheilt in 12 ſ. g. Pazeiden, jede Pazeide zu 7 Maß, alſo im Ganzen 84 Maß (8 ſolche Yhren machten ein Fuder Wein aus), dann auf Einrichtung der dieſem Maße genau entſprechenden Gefäße[220]), 5. auf Einführung eines allgemeinen gleichen

---

Elen, dieweil derhalben yetzt new Ordnung, wie obſteet, gemacht iſt, einſehung thuen, damit hinfüro der Venedigiſchen, Jenueſiſchen, Luggeſiſchen, florentiner unnd annderer Seidiner Waar, deßgleichen aller Wulleinen, Teutſchen unnd Welſcher Tuech unnd Gewanndt, Sy ſeyen Länndiſch, Enngliſch, Perniſch oder annderer Sort, ſo in ditz Unnſer Lanndt auf die Märckht, unnd zu annder zeit im Jar gefuert, außgemeßen, verkaufft unnd kaufft werden, gegen dem vorigen Maß im kauffen unnd verkauffen vergleichung beſchehe, damit ſich nyemanndt wider diſe Unnſer Ordnung zu beklagen hab. Es ſoll auch ſolhe Elen in den Stetten auff dem Rathauß, unnd in den Gerichten auf den Spilthennen oder Gerichtſtetten, do man Recht halt, verzaichennt. Wer oder welhe aber hierüber ycht hanndeln wurden, gegen denſelben behalten wir Unns die Straff, wie ſich gepürt, zu thuen bevor."

[218]) B. 1. Th. 4. R. 17. „Nachdem etlich Geſellſchafften unnd Kaufleüt die Tuech auß Enngenland, Niderland, Italien unnd Teutſcher Nation zu jren bannden bringen, unnd dieſelben, wie die in den werchſteten gemacht werden, nit beleiben laßen, Sunder jr Craft mit dem Streckhen der verlierung der leng halben nemen, darzue verlegt unnd zum tail on Sigill, oder jren gewondlichen zaichen, auch nicht mit rechter lenng unnd prait in ditz Unnſer Lanndt, Stett unnd Märckht fueren, unnd die dennoch on mindrung der alten Kauffſumma verkauffen. Demnach Setzen unnd Ordnen wir, Welhe Kauffleüt ſich der Märckht unnd Meßen in diſem Unnſem Lannde gebrauchen wöllen, Das ain yeder, Sy ſeyen Welſch, Enngliſch oder Niderlenndiſch, Auch alle Teütſche Tuecher füran gerecht an lenng unnd prait, unverlegt unnd ungeſtreckht mit gerechter wag unnd ſwere, von gueter woll, durchauß geleich, mit der Statt Sigill, da ain yedes Tuech gemacht unnd beſchawt wirdet, auf die Marckht gefuert. Darzue ſoll auch den Kauff- oder Tuechleüten mit nichten zuegelaßen oder erlaubt werden, jre Stennd unnd Läden in den Märckhten zu bedecken, Annderſt ſovil jnen zu verhuetung Schadens, wetters halben not iſt."

[219]) B. 1. Th. 4. R. 9. „Es ſoll auch hinfüro allennthalben in Unnſerm Lannde, Herrſchafften unnd Gepieten, auch in baiden Stifften Tryennbt unnd Brichſen Ain Stär durchauß zu allem Getraid, es ſey Waitzen, Korn, Roggen, Gerſten, Fueter, Smalſat, Mel unnd annderm, ſo nach dem Maß kaufft unnd verkaufft, gehalten, gebraucht unnd auff dem Eyſen hingeſtrichen werden, der größ wie yetzt das Roggen Stär im Lanndtgericht Freüntſperg unnd Swatz im brauch iſt."

[220]) B. 1. Th. 4. R. 11. „Verrer. ſo ſoll in obgemeltem Unnſerm Lannde, Herrſchafften unnd Gepieten ſambt baiden Stifften Tryennbt unnd Brichſen auch auff dem Rons unnd allen anndern Gerichten unnder Tryennbt, unnd an den Confinen, Grießer unnd Botzner urn, der allweg zwelf Pazaiden,

Werkschuhes von 12 Zoll in der Länge, 8 solche Schuhe machten eine Klafter [221]), 6. auf allgemeine Einführung gleicher Wagen und Gewichte und zwar wurde das Wiener Gewicht als allein anwendbares mit Ausschluß des bisher üblichen welschen und s. g. Landgewichtes erklärt. Nur den italienischen Landestheilen blieb die Wahl zwischen dem welschen oder Wiener Gewichte vorbehalten [222]). Allen Obrigkeiten in Stadt und Land wurde eine strenge Ueberwachung der Maße, Wagen und Gewichte eingeschärft [223]) und zugleich bestimmt, an welchen Orten

---

unnd Acht ain Fueder, unnd Syben Maß ain Pazaiden geben, pringt auf ain yede Urn Virunndachtzig Maß. Damit so mag in allem Weinverkauff unnd Kauff des großen unnd klainen Maß, auch der weinfuer nach verre des Wegs allennthalben im Lanndt guet Ordnung gehalten."

B. 1. Th. 4. R. 12. „Es sollen darzue in allen Stetten, Gerichten unnd Ämbtern, unnd sunnderlich in den Stetten Meran, Botzen, Ynnßprugg unnd Stertzing, Auch im Ambthauß zu Toblach kupfrein urn, Pazeyden, Maß, Trinncken unnd Frägkel-Kanndeln, Stär, Mülmetzen, Mäßel, darzue die ölgölten, der Zehen Maß ain Gölten halten sollen, gemacht, unnd damit sich menigklich nach diser Unnser Ordnung unnd Maß richten müge."

[221]) B. 1. Th. 4. R. 16. „Item es soll auch hinfüro in diesem Unnserm Lannde der Grafschafft Tirol, mit dessselben zuegewonnten, als Pustertal, der Herrschafft, Statt unnd Gericht Liennz, Auch den dreyen Herrschafften Ratenberg, Kuefstain unnd Kitzpühel sambt beyden Stifften Tryenndt unnd Brichsen durchauß ain gleicher Werchschueh gefuert, der zwelf Zöll lanng sey, und Acht Werchschueh ain Perckhklafter verordennt ist, darnach Alles gehaut, Stainwerch unnd Gemeür, darzue alles aufgesetzt Holtzwerch, höh unnd weit, gemeßen, kaufft unnd verkaufft sollen werden."

[222]) B. 1. Th. 4. R. 13. „Unnd nachdem vorher in disem Unnsern Lannde, Herrschafften unnd Gepieten, Auch in dem Stifft Brichsen, an Wag unnd Gewicht grosse unnderschid gewesen, Also das an etlichen orten das Wyenisch gewicht, an etlichen enndn das Lanndtgewicht unnd an etlichen gegenden das Welschgewicht gebraucht, deßhalben vil Irrung unnd mißverstannd gewesen, Das zu fürkomen, haben wir gesetzt unnd verordennt, Das hinfüro in dem Obern unnd Unndern Yntal, Auch in den dreyen Herrschafften Ratemberg, Kuefstain unnd Kitzpühel, darzue in dem Obern unnd Unndern Wiptal, dem Pustertal, der Herrschafft, Statt unnd Lanndtgericht Lyennz, Unnd dem Stifft Brichsen, an dem Eysath unnd an der Etsch, dergleichen an Meran unnd im Burggrafambt, im Vynnthßgew unnd in der Finstermünz alle Waar, es sey Sylber, Kupffer, Spezerey unnd annders nichts außgesloßen, nach Wyenischem Gewicht, der Zway unnd dreissig Wyenische Lot ain Phunndt, unnd Hunndert Phunndt ain Centner geben unnd halten sollen kaufft unnd verkaufft werden. Aber in dem Stifft Tryenndt mügen Sy sich des Welschen oder Wyenischen Gewicht, Welhes Sy unnder den baiden, das ain annemen hinfüro gebrauchen unnd dabey beleiben."

[223]) B. 1. Th. 4. R. 15. „Es sollen auch in Stetten durch Burgermaister unnd Rat unnd in den Gerichten durch die Phleger oder Richter mitsambt etlichen geswornen desselben Gerichts, mit den Goltsmiden, Metzgern unnd allen anndern, so jre Waar, Es sei Sylber, Kupffer, oder annder Metall, Essende speyß unnd in aunder wege zu saylem kauff halten, Pachen, failhaben, unnd nach der Wag unnd Gewicht kauffen unnd verkauffen, guet Ordnung müg fürgenomen, gegeben unnd darob gehalten, damit das Lanndt- unnd Welschgewicht, auch Unntz, gegen dem Lot im Kauffen unnd verkauffen sich gegen

die echten Maße, Wagen und Gewichte zum Gebrauche gekauft werden sollen [224]).

Auch auf die ordentliche Einhaltung der Landstraßen richtet die L. O. ihr Augenmerk, und verfügt, daß bei jenen Straßen, deren Erhaltungskosten bisher aus dem landesfürstlichen Zoll- und Mauthregale bestritten wurden, dieß auch ferners zu geschehen habe; ebenso sollten jene Prälaten, Adelige, Städte und Gerichte, welche an den Straßen Zölle, Mauthgelder u. dgl. bezogen, auch zur ferneren Instandhaltung derselben verpflichtet sein [225]). Um die Landstraßen zu schonen, sollte kein Fuhrmann in einer Ladung mehr als 18 Yhren Wein führen dürfen [226]) und auch von den betreffenden Gewerbs

---

dem Wyenischen Gewicht vergleiche, Unnd daß sich derhalben diser Unnser Ordnung nach pillicher weiß nyemanndt zu beclagen habe."

B. 1. Th. 4. R. 18. „Es sollen auch in allen Stetten geschickht, verstenndig Personen unnd Beschawer verordennt werden, damit diser Unnser Ordnung bey verlierung der Tuech gelebt, die Tuech in den Märckhten unnd Läden beschawt unnd abgeshnurt, Unnd welhe nicht nach rechter lenng unnd prait gefunden, soll der abganng derselben Tuech durch die verordennten Beschawer geschätzt, unnd nit höher, dann wie die befunden, verkaufft, unnd in sölhem sollen die Kaufleüt sich gehorsamlich ertzaigen unnd beweisen, unnd den Beschawern unnd Schätzern der drittail, unnd Unns die zwaytail Peenfal zuesteen."

[224]) B. 1. Th. 4. R. 14. „Item das Ober- unnd Unnder-Yntal mitsambt den dreyen Herrschafften Ratemberg, Kueffstain unnd Kitzpühel sollen das ächt Maß, Gewicht unnd die Elen in der Statt Ynnßprugg nemen. Item die in Wiptal in der Statt Sterzingen. Item die im Pustertal unnd in der Herrschafft Lyenntz zu Toblach im Ambt. Item die im Vinntschgaw biß an die Finstermünntz unnd in Paßeyer, Dergleichen die im Burggrafenambt in der Statt Meran. Unnd die im Stifft Tryennbt, Brichsen unnd Eisack, auch die an der Etsch, unnd auff dem Nons mitsambt dem Gericht Serntheiu in der Stadt Botzen."

[225]) B. 1. Th. 5. R. 18. „Item an wellichen Orten die Lanndtstraßen von Unnsern Zöllen unnd Weglonen unntzer gemacht sein werden, wöllen wir durch Unnsere Zöllner, unnd in annder wege Ordnung geben, das diselben Straßen unnd Weg noch in guetem wirden gehalten werden sollen. An wellichen orten aber die durch die Prelaten, Adel, Stett unnd Gericht, so auch Zöll, Weglon unnd einkomen darumben haben, von unntzher gemacht sein, sollen die Straßen an denselben ennden noch, wie vor alter herkomen ist, auch in guetem wesen halten, versehen unnd machen."

[226]) B. 1. Th. 5. R. 19. „Unnd nachdem sich die frembden unnd Innlenndig fuerleüt zu irer wagnuß unnderstеen, swere Läßt mit Wein unnd in annder weg zu fueren, dardurch die Lanndtstraßen in disem Unnserm Lannde, dergleichen die Pruggen zerfaren, zerprechen, unnd Unns, auch anndern, so Weg, Steg, Pruggen unnd Straßen in disem Unnserm Lannde zu machen verphlicht sein, täglicher großer unkost auferlaufft, solhes zu verhueten, unnd darmit der gemain Fuerman, so solhen Last zu fueren nit vermag, sich neben den anndern neren unnd hinbringen mög, Ist Unnser will unnd mainung, das nun hinfüro kainem Fuerman auf ainmal in den fuervaßen unnd Ponntzen über Achtzehen ürn zu fueren nit gestatt werden soll."

leuten keine Gefäße, welche mehr als 18 Yhren faſſen, mehr gemacht werden [227]).

Weiters enthält die L. O. einige Beſtimmungen über die Handwerker, welche den früheren Maximilianiſchen Geſetzen entnommen ſind und den Grundſatz aufſtellen, daß nur ſolche als Meiſter erklärt werden ſollen, welche die nöthige Geſchicklichkeit zur Betreibung des betreffenden Gewerbes erlangt, und eine beſtimmte Zeit hindurch als Geſellen und Lehrlinge gearbeitet haben [228]) und daß die Beſcheltung der Ehre eines Meiſters deſſen Entſetzung von der Meiſterwürde erſt dann zur Folge habe, wenn ſie durch das kompetente Gericht ausgeſprochen wird [229]). Auch enthält die L. O. Beſtimmungen gegen verſchiedene in den Zünften vorgekommene Mißbräuche mit der eventuellen Strafe gegen die Renitenten [230]) und das Verboth der verdächtigen Zu-

[227]) B. 1. Th. 5. R. 20. „Wir wöllen auch deßhalben in gemeltem Unnſerm Lannde ernſtlich Bevelh außgeen, unnd den Waſſern oder Binndtern verpieten laſſen, Das Sy von Weyhnachten biß außgeenden fünffunndzwaintzigiſten Jars kain fuervaß über Achtzehen urn groß, aber wol darunnder ungeverlich machen ſollen, bey verlierung derſelben Faß. Unnd welcher Fuermann ſolhe Faß, ſo über Achtzehen urn halten, fuert, der ſolle darumb an den orten, do er damit betretten wirdet, geſtrafft werden."

[228]) B. 1. Th. 5. R. 3. „Alſo das kainer, der ſeines Hanndtwerchs zu verſehen nit genuegſam geſchickht erkannt were, oder umb dasſelb ſein Hanndtwerch nit gar außgedient hette, weder umb gelt oder auch annder Fürdrung willen zu kainem Maiſter ſoll angenomen werden."
B. 1. Th. 5. R. 4. „Darzue ſollen auch die Maiſter darob ſein, damit ain yedlicher Junger oder Diener ſein zeit unnd Jar gar außdiene, Welcher aber ſolhes überfuer, ſoll von kainem Maiſter gefürdert werden."

[229]) B. 1. Th. 5. R. 2. „Unnd ob yemanndt von den Hanndtwerchgenoßen oder anndern ſeiner Eeren beſchuldigt, ſo ſoll nyemanndt ſeiner Eeren oder Hanndtwerchs Eemalen, vor ainer mit den Rechten vor ſeinem ordennlichen Gericht überwunnden iſt, nit entſetzt, oder darinn verhindert werden."

[230]) B. 1. Th. 5. R. 1. „Nachdem in allen Hanndtwerchen, Zünfften unnd Bruederſchafften ſunder Satzung unnd Ordnung mit den Straffen unnd Pueßen, Auch Staigerung jrer Beſoldung, jres gevallens, wider diß Unnſers Lanndts freyhaiten, Gebreüchen unnd Herkomen durch Sy fürgenomen werden, darauß vil beſwerungen, die Unns verner zu geſtatten nicht gemaint iſt, erwachſen ſein, deßhalben Setzen unnd Ordnen Wir, das hinfüro dieſelben Zünfften unnd Bruederſchafften in beruertem Unnſrem Lannde, unangeſehen, ob etlich Hanndtwercher ainich Brief wider gemaine Lanndtordnung unnd Satzung erlangt hetten, aufgehebt unnd abſein, auch verner nit zuegelaßen oder beſtät werden. Unnd Sy ſollen ſich kainer Auffſatzung noch Staigerung in jren beſöldungen, darzue ainicher Straffen oder pueßen, noch in annder wege, wider ſolh Lanndtsfreyhaiten unnd diſe Unnſer Ordnung unnd Satzung gebrauchen bey der Peen fünffzig Phunndt Perner, die von inen unabläßig eingetzogen werden ſoll."
B. 1. Th. 5. R. 5. „Als vorher in diſem Unnſerm Lannde der Geſchennckhten Hanndtwerch vil Irrungen eingeriſen, unnd den Maiſtern durch die Hanndtwerchsgeſellen in der Fürderung dieſelben Geſellen geweſen ſein, verhinderung an jrer Arbait beſchehen, Das Unns verrer zu geſtatten nit gemaint iſt,

sammenrottungen der Handwerker[231]). Ferners wurde ausgedienten Gesellen gestattet, auf Verlangen selbstständig in Privathäusern, in den Städten oder auf dem Lande im Wochen- oder Taglohne zu arbeiten, der jedoch nicht höher sein durfte, als der ihnen von den Meistern für gleiche Arbeit verabreichte, und sollten die Meister nicht befugt sein, die Gesellen an solcher Arbeit zu hindern[232]).

Den Bestimmungen über die Handwerker folgen spezielle Gesetze über das Müllergewerbe, welche ebenfalls den früheren Maximilianischen Verordnungen entnommen sind und Vorschriften enthalten über das den Müllern vom gemahlenen Getreide gebührende s. g. „Mueß" von je 20 ℔ 1 ℔, über das ihnen ebenfalls gebührende s. g. „Peutelgeld", dessen Betrag angegeben ist und bei Strafe nicht überschritten werden durfte, dann gegen die Vermischung und Verwechslung des Mehles[233]).

---

demnach sollen dieselben Geschennckhten Hanndtwerchspreüch dergestalt nit mer zuegelaßen, noch gestatt werden, Sunder absein."

[231]) B. 1. Th. 5. R. 3. „Es soll sich auch kain Hanndtwerch on Erlaubnuß der Obrigkait Roten oder versamlen."

[232]) B. 1. Th. 5. R. 6. „Unnd ob auch yemanndt von den Stännden ditz Lanndts ainich Hanndtwercher als Stainmötzen, Maurer, Maler, Slosser, Glaser, Tisler, Zymmerleüt unnd annder dergleichen zu versehung jrer Gepew auf das Lanndt, oder in jre Sloß unnd Hewser auch in den Gerichten zu gebrauchen notdurftig wurden, unnd nit maister auß den Stetten, Sunder annder geschickht, Erlich Gesellen, die umb das Hanndtwerch außgebient haben, umb fürgeding, Wochen- oder Taglon zu arbaiten bestellen wollten, so sollen Sy denselben, wie iren Maistern, on Staigerung zu arbaiten schuldig sein, unnd dieselben Gesellen, wer die zu arbaiten bestellen wurde, sollen von den Maistern ungestrafft unnd unverhindert beleiben."

[233]) B. 1. Th. 5. R. 8. „Aller Getraid soll nach dem Gewicht in die Mülen, unnd das Mel bey demselben Gewicht wider herauß, on abganng geantwurt werden, unnd dem Müllner allweg von zwaintzig Phunnden ain Phunndt Korn zu mueß vervolgen."

B. 1. Th. 5. R. 9. „Auch soll ain yeder müllner ain gerechte abgephechte wag in der Mül haben. Wellicher aber sein Getraid auf die gemainen Mueß malen laßen will (so zu aines yeden willen steet), so soll ain yeder Müllner sein mueß auch nach dem verzaichneten Mueßmaß, der Zwaintzig an ain Stär geen unnd nit mer, Dartzue ainen Peütelfierer von dem Stär nemen. An wellichen orten aber kain Peütelgelt geben ist unnd der brauch gewesen, das ainer selbs, oder ain Gehalt an seiner Statt bey seinem Traid, bis das gemalen worden, beliben, dabey soll es noch steen."

B. 1. Th. 5. R. 10. „Item von dem Waitzen, von dem Stär sollen zwen fierer Peütelgelt genomen werden, Entgegen söllen die Müllner mit Sib unnd Peyteln zu dem Waitzen gehörig versehen sein. Item von ainem Stär Gersten zu malen, sollen die Mueß, wie von annderm Korn genomen, unnd sollen die Müllner ainem yeden getrewlich unnd fleißig Malen unnd fürdern, unnd sein Mel on minderung (ausserhalben der gepürlichen Mueß) bey der Peen fünffunndzwaintzig Phunndt Perner, unnd erstattung des Schadens antwurten, unnd kainem sein mel unnder des annderen menngen oder vermischen. Wo man aber vormals weniger mueß für Betzalung geben hat, dabey soll

In Bezug auf die in jener Zeit häufig mit übertriebenem Prunke und großem Aufwande abgehaltenen Hochzeiten wurde verfügt, daß dieselben in Zukunft „zimlich" d. i. wohlstandesgemäß aber nicht zu kostspielig gehalten werden sollen, und daß die hiezu außer den Verwandten geladenen Gäste nicht mehr als 1 ℔ Berner in Geld oder Geldeswerth zum Geschenke machen dürfen[234]).

Ferners enthält die L. O. Bestimmungen gegen die überhandnehmende Anzahl der Wirthshäuser[235]), gegen die s. g. „ledigen" (i. e. arbeitslosen) Knechte[236]), gegen die fremden Bettler[237]),

es an denselben orten noch beleiben, unnd diser Unnser Ordnung nach nicht gestaigert werden."

[234]) B. 1. Th. 5. R. 22. „Die Hochzaiten sollen hinfüran zimlich gehalten werden, doch das die geladen Personen (ausser der Freündtschafft) aine über ain Phunndt Perner nit weyse, noch Cergab, bey der Straff an yedem ort darauf gesetzt."

[235]) B. 2. Th. 2. R. 10. „Nachdem vil Mörderey unnd annder übel täglich allenthalben im Lanndt beschehen, Auch vil gemainer Wirt in den newen ungewondlichen Hewsern, wider alt herkomen, Wein zu schennckhen auffsteen, Darauß groß Zerungen, auch ungepürlich Spil, Zuetrinnckhen unnd Gotslösterung, Aufruer unnd haimlich Conspiration, Auch mörtlich thaten ervolgen. Unnd zu abstellung solher geverlichkait, So haben wir mit zeitigem Rat Unnsrer Lanndtschafft beslossen, das solh gemain ungepürlich Wirt in den ungewondlichen Hewsern Gastung zu halten unnd wein zu schennckhen abgethan unnd kains wegs gestatt werden sollen."

[236]) B. 2. Th. 2. R. 7. „Unnd nachdem vil Muessiggeer, so nicht Aigens, nach Versprecher haben, in Unnserm Lannde on Arbait sich Enthalten, unnd von ainem ort zu dem anndern Straiffen, vil Spilen unnd Karten, Auch große Zerung thuen, unnd Unnsern Unnderthanen vil Muetwillen, so Unns verrer zu gestatten nicht gemaint, oder leydenlich ist zuefuegen, demnach ist Unnser Ernstlich bevelh, will unnd mainung, das man denselben Muessiggeern, welche sich mit Arbait oder Diensten nit niderlaßen wöllen, in Unnserm Lannde zu wonen nit mer gestatten, noch ainich unnderhaltung geben, Sunder gestrachs darauß durch die Obrigkait zu ziehen gepotten. Welche sich aber in gemeltem Unnserm Lannde verrer über drey Tag on Arbait Enthalten, unnd von gesessen Lanndtleüten nit Versprecher haben möchten, dieselben sollen nach Rat der Gesworenen fenngklich eingenomen unnd gefragt, unnd welche nichts verrer bekenen wurden, umb jr verachtung nach Rat obgemelter Gesworen, unnd nach gelegenhait aines yeden Hanndlung mit fenngknuß, verpietung des Lanndts oder in annder weg gestrafft werden."

[237]) B. 2. Th. 2. R. 6. „Es soll hinfüran kainem frembden Petler sich in disem Unnserm Lannde zu Enthalten gestatt werden, Was aber Pilgram, oder Kirchferter sein, Die sollen bey den Straßen Allmuesen suechen, auch nicht über ainen tag sich an ainen ort, welche nicht Kranckhaitshalben verhindert werden, enthalten. Man soll auch kainem im Lannde, Mann oder Frawen, Jung oder Alten, Frembden oder Innlenndern, die sich mit Arbait oder Diennsten behellfen möchten, unnd des Allmuesen nit würdig sein, damit den Haußarmen leüten, unnd anndern Kranckhen Prechenhafftigen Personen des Lanndts das Allmuesen dest reichlicher Mitgetailt werden müge, zu petteln nit gestatten. Es soll auch kain Petler sein Allmuesen in den Hewsern, auß dem vil Unluft unnd Args beschicht, sunder vor der Kirchen, unnd vor den Hewsern, auf den Gaßen suechen unnd begeren."

gegen die fremden „Sprecher, Singer und andern Hofierer“ [238]), gegen die Zigeuner und Kuppler, welche aus dem Lande gewiesen werden sollen [239]), gegen die Sammlungen für ausländische Kirchen oder andere Zwecke und gegen das Bettlerunwesen [240]) und gegen den mannigfaltigen Unfug bei Kirchweihfesten [241]).

---

[238]) B. 2. Th. 2. R. 8. „Nachdem Unnser Unnderthanen ain zeither mit den vergebnen unnotdurfftigen Personen, als Sprechern, gemainen Singern unnd Hofierern, Leyrern unnd anndern undüchtigen Saitenspielen, so Mann nnnd Frawen in manig weg prauchen, unnd in Unnserm Lannd allenthalben zu perg unnd tal straiffen, Auch alle Märckht unnd Kirchtäg in merckhlicher anzal suechen, beswert worden sein, Auch groß gelt allenthalben im Lannd aufheben, unnd daneben sich Betruglichs Spils unnd Karten geprauchen, demnach Ordnen unnd bevelchen wir, das denselben undüchtigen Personen sich füran im Lannd zu enthalten nicht gestattet, noch ainich unnderhaltung gegeben, Sunder darauß gepoten, Unnd soll gegen den verachtern mit Gefenngtnuß unnd Straff nach Rat der Geswornen notdurfftigklich gehanndelt werden.“

[239]) B. 2. Th. 2. R. 9. „Den Zigeinern soll hinfüro durch das Lannd zu ziehen, noch darin zu enthalten nicht gestattet, Wo Sy aber darüber durch das Lannd ziehen wurden, jr Guet genomen, unnd auß dem Lannd gestrackhts gepoten, unnd mit Ernst darob gehalten. Man soll jnen auch in Sunders an den Confinen keinen Paß geben. Welche aber solhes überfueren, söllen in Unnser Straff gefallen sein. Gleichermaß soll kainen Rifsiänern (i. e. Kupplern), so auff allen Märckhten, Kirchtägen unnd allenthalben im Lannde sich mit großem Spil, Zerungen unnd Weybern, darauß Mort unnd annder vil Args ervolgt, verrer im Lannde sich zu enthalten nit gestattet, Sunder es soll nach Rat der Geswornen gegen denselben mit Ernst gehanndelt werden.“

[240]) B. 2. Th. 2. R. 11. „Man soll auch kainen frembden Kirchen oder anndern Sämlern, so außer Lanndts sein, unnd alle Gepirg unnd Täler außlauffen, auch das gelt vil an jren aigen Nutz wenden, zu peteln gestatten, damit die Kirchen im Lanndt dester statlicher begabt unnd getziert werden mügen. Auch soll auf dieselben Sämler unnd die Jakobsprueder (i. e. die nach St. Jago di Compostella in Spanien Wallfahrenden), die Lannze, Scherpffe unnd ungepürliche Epsen auf jren Pilgram Stäben tragen, unnd jr Allmuesen nicht auf Sannt Jakobs Straßen, Sunder vom weg suechen, fleißig gesehen, damit Mort, Verkundtschafftung des Lanndts unnd annder Args verhuet. Unnd deßhalben sollen in allen Stetten, Märckhten unnd Gerichten die verordennten Pettelmaister jr fleißig unnd getrew erkunden haben, unnd bey swärer Unnser Straff darob halten, unnd sich kainen Petler weder durch Muet, Gab, noch in annder weg wider dise Unnser Ordnung bewegen laßen, Unnd in dem allen söllen die Gerichtsobrigkaiten jnen hülflich sein. Unnd welch Petler oder Sämler sich hierüber ungehorsamlich halten unnd erscheinen wurden, gegen dem oder denselben soll gleichermaß nach Rat der Geswornen gehanndelt werden.“

[241]) B. 2. Th. 2. R. 12. „Wir ordnen unnd wöllen auch, das nun hinfüro alle Kirchtäg in disem Unnserm Lannde abgethan werden, Also, das Sy nyemanndt von angesessnen nach ledigen Personen mit gewörter hanndt, noch sunst Rottenweiß, oder durch ainich Versammlung oder Ordnung, Auch weder mit Trummenschlahen, Pfeyffen, Tanntzen, Spilen oder frembd Krämereyen, unnd ungewöndlich Ladschafften besuechen soll, Sunder wer von Andachtwegen die Kirchtäg haimsuechen will, der soll sich förderlichen von dannen wider

Die eben erwähnten polizeilichen Bestimmungen sind größtentheils und zwar wörtlich den früheren Polizeigesetzen des Kaisers Max I. entnommen.

In das Gebieth der polizeilichen Verordnungen gehört auch die den zwei Büchern des L. O. als I. Anhang folgende s. g. Empörungsordnung („Ordnung zu verhueten künfftige Empörung"), welche in 27 Rubriken ausführliche Vorschriften über alle zur Verhütung von Aufruhr zu treffenden Vorsichtsmaßregeln, über die Strafen gegen Aufrührer und polizeiliche Bestimmungen über das Benehmen bei Feuersbrünsten enthalten. An der Spitze der Empörungsordnung steht ein die Nothwendigkeit der Erlassung derselben hervorhebender Einleitungsartikel [242]).

1. Vorsichtsmaßregeln zur Verhütung von Aufruhr.

a) Alle Städte, Märkte, Gerichte und Bergwerke sollen nach ihrer Größe in Viertel eingetheilt, jedem Viertel ein oder zwei Viertelmeister vorgesetzt und denselben vier, sechs oder acht ansäßige verständige Männer der Gemeinde oder des Bezirkes als Beisitzer („Zuesätzer") an die Seite gegeben werden. Die Viertelmeister und deren Beisitzer sollten im Falle einer Empörung der betreffenden Obrigkeit mit Rath und That an die Hand gehen, und in den Städten vom Bürgermeister und Rathe, auf dem Lande von den angesehensten Nachbarn mit Zustimmung der Obrigkeit gewählt werden [243]).

---

anhaim thuen, unnd kainswegs an denselben Ennden lang verharren. Yedoch laßen Wir auß genedigem willen zue, das an den Ennden unnd orten in disem Unnserm Lannde, da vormalen auff den Kirchtägen Eßende Speyß unnd Pawgeschirre zu failem unnd freyem Kauff gefuert worden ist, dieselben Kirchtäg yetzgemelten maßen hinfüro, wie bißher, besucht werden mügen. Unnd sunst in all annder wege söllen die Kirchtäg zu besuechen bey diser Unnser gegeben Ordnung beleiben, der gestrachts nachgevolgt, gelebt unnd gehanndt-habt werden."

[242]) Empörungsordnung, Einleitung. „Wir haben auch mitsambt den dreyen Stänndn bemelten Unnser fürstlichen Grafschaft Tirol, als der vom Adel, Stetten unnd Gerichten, Auch des Perckwerchs verwonten zu verhuetung künfftiger Empörung nachvolgende Ordnung fürgenomen, Setzen, Ordnen unnd wöllen auch, das dieselb hinfüro in allen Stetten, Märckhten, Gerichten unnd Perckwerchen beruerter Unnser Grafschafft Tirol allenthalben Aufgericht, angenomen, gehalten, unnd bey den Phlichten, Eeren unnd Ayden, so Unns gemelt drey Stännd sambt den Perckwechsverwonten gethan unnd gesworen haben, voltzogen werde bey den Peenen unnd Straffen, darinnen wie hernach volgt begriffen."

[243]) L. O. R. 1. „Anfenngllich soll in ainer yeden Statt, Marckht, auch Gerichten unnd Perckwerchen, wo unnd wellichen Ennde die in diser Unnser fürstlichen Grafschafft Tirol unnd im Getzirkh derselben gelegen sein, nach gelegenhait irer größ Ains, Zway, Drey oder mer Vierdtail, Stäb, Oblaien oder Wal-

b) Zur Versammlung des Volkes sollte die Obrigkeit mit den Viertelmeistern und deren Beisitzern bestimmte Plätze in jedem Viertel festsetzen [244]).

c) Die Glockenthürme sollten zur Verhütung eines muthwilligen oder aufrührerischen Sturmläutens stets versperrt und die Schlüssel wohl verwahrt bleiben [245]).

---

greyen, wo die vor nit getailt sein, gemacht, und in ainem yeden Vierdtail, Stab, Oblay oder Malgrey Ainer oder Zwen Vierdtailmaister, unnd zu jnen Vier, Sechs oder Acht angesetzen verstenndig man zu Zuesätzen, nemlich in Stetten durch Burgermaister unnd Rat, unnd auf dem Lanndt durch ain Nachpawrschafft, die Urbar unnd Aigen haben, mit vorwißen unnd willen jrer Obrigkait fürgenomen, Erkießt unnd geordnet werden, die dann zimlich Gelübd unnd Ayd thuen unnd Sweren sollen, wie hernach volgt."

E. O. R. 2. „Nemlich, das Sy anfenngklich Unns, Unnsere Erben unnd Nachkomen, darzue den Burgermaistern, Richtern unnd Räten in den Stetten, unnd den Gerichtsherren, Phlegern unnd Richtern allenthalben in den Gerichten, auch Lannden unnd Leüten in obliegenden Empörungen und Aufruern, das Pest unnd Nützist fürnemen, Raten unnd Verhelffen unnd an Unnser, Unnsere Erben unnd Nachkomen, unnd Jren fürgesetzten Obrigkait kain Versamblung, Musterung, Empörung, noch gloggenstraich, weder bey tag noch bey nacht beschehen noch angeen laßen wöllen. Unnd wann ainicherley new geschray, gevärlich Sachen, oder obliegend Notdurfften bey tag oder nacht fürfallen, So soll solhes der Enndе durch die Obrigkait oder aunder, an die es im anfanng gelanngt, den fürgenomen oder Nechsten Vierdtailmaister unnd Zuesätzen angezaigt werden. Dieselben sollen alßdann von stund an zusamenkomen unnd beratslagen, ob solhes an annder Vierdtailmaister unnd Zuesätz oder an ain gannz Gericht unnd Gemain weiter zu bringen sey. Dieselben Vierdtailmaister unnd Zuesätz sollen auch in jren oder anndern Vierdtailen, Stäben unnd Oblayen desselben Gerichts mitsambt der Obrigkait, Ob die zugegen wäre, mit allen Unnderthanen desselben Gerichts schaffen unnd gepieten, auch selbs hanndeln unnd thuen, was Sy zu Ablainung unnd nidertruckung der obliegenden geverlichkait unnd unbillichait für guet unnd not ansicht, die Ursacher oder Rädelsfuerer zu fenngknuß brinngen, wo das sein kan, wo nit, zu todslagen, darinn jnen alle Unnderthanen unnd Verwonten, Seßhaft oder ledig gesellen desselben Orts unnd Gerichts bey Tag unnd Nacht willig, gehorsam unnd gewärtig sein, unnd darinnen nyemanndts ansehen, noch verschonen sollen; dermassen sollen auch gemain unnderthanen in dergleichen aufpieten auf nyemanndts waigern."

[244]) E. O. R. 3. „Die Obrigkait mitsambt den Vierdtailmaistern unnd Zuesätzen sollen ouch in yedem Vierdtail, Stab, Oblay oder Malgrey Sunder Plätz außzaigen unnd benennen, darauff die Leüt desselben Orts, wo es durch ainich Empörung oder fewrsgewalt, oder in annder weg die notdurfft ervordern wurd, allda zusamenkomen mügen."

[245]) E. O. R. 9. „Item so soll allenthalben bey den Mesnern unnd Kirchenphlegern guet Ordnung gegeben, unnd an ainem yeden Kirchthurn ain guete versperrte Thür, unnd die Slüssel wol verwart gemacht werden, damit durch Leichtfertig, Muetwillig oder annder Personen on grunndt unnd on wißen der Obrigkait mitsambt den Verordneten Vierdtailmaistern kain Sturm noch gloglenstraich angee oder beschehe, Es sey denn vor durch die Obrigkait, Vierdtailmaister unnd Zuesätz auß gegrünndten genuegsamen anzaigen beratslagt, oder die Sachen an ainen anndern ort aigentlich, unnd dermaßen erkunndet, das es die notdurfft ervordert hab."

d) Das Verweilen in Wirthshäusern oder andern gefährlichen Orten beim Spiele oder bei leichtfertigen Frauensperſonen ſollte nicht geſtattet ſein und Zuwiderhandelnde nebſt dem Wirthe „nach ungnaden“ i. e. ſtreng geſtraft werden [246]).

e) Jeder anſäſſige Mann des Landes ſollte ſeine Söhne, Knechte, Arbeiter u. ſ. w. verhalten, ſich dem obrigkeitlichen Aufgebothe zur Herſtellung der gefährdeten öffentlichen Ordnung anzuſchließen, und in Allem ſich willig und gehorſam zu zeigen, auch ſollte Niemand im Falle von Unruhen ſich ohne Bewilligung der Obrigkeit in ein anderes Gericht begeben, um dem Aufgebothe zu entgehen [247]).

f) Es ſollten überall geſchickte und redliche Männer zu Hauptleuten und Führern des Aufgebothes gegen die Empörer gewählt werden [248]).

g) Alle Schlöſſer im Lande ſollten in gutem Zuſtande erhalten, und mit Proviant und Munition u. ſ. w. gehörig verſehen werden, und jede Störung der nächtlichen Ruhe durch Abſchießen von Büchſen u. dgl. vermieden werden [249]).

---

[246]) L. O. R. 22. „Item es ſoll verrer kainer Perſon, Sy ſey dann der Obrigkait, bey nächtlicher Weil in Wirtßheüſern, oder an anndern geverlichen orten am Spil, bey leichtfertigen Frawen, noch in annder leichtfertig weg zu ſitzen nit geſtatt; wer das überfuert, ſoll mitſambt dem Wirt nach ungnaden geſtrafft werden.“

[247]) L. O. R. 10. „Ain yeder Haußhaber unnd Angeſeſſner Mann ſoll bey ſeinen Sänen, Knechten, Arbaitern unnd Ingehewſen darob unnd daran ſein, damit Sy ſich der Obrigkait, den Vierdtailmaiſtern unnd Zueſäßen zu allen Aufpoten unnd notdurfften gehorſamlich erzaigen, hilflich unnd beyſtenndig ſein, Sich auch ſunnſt allenthalben Erlich unnd Redlich halten, Nyemanndt zu Heß oder widerwärtigkait bewegen, noch Urſach geben. Wo ſich aber ainer oder mer nit dermaſſen, ſunnder ungehorſam unnd ungepürlich halten wollen oder wurden, So ſollen die Haußhaber dieſelben kainswegs weiter halten, noch die Obrigkait Sy gedulden.“

L. O. R. 11. „Weiter, ſo ſoll kain Burger oder Gerichtsmann in ainichen Aufrueren ainem andern Gericht auß ſeinem Gericht zuelauffen on Ervordrung ſeiner Obrigkait, oder Vierdtailmaiſter unnd Zueſäß, noch yemanndts der unpillichait verhelffen.“

[248]) L. O. R. 13. „Es ſollen auch yetzo in ainer yeden Statt unnd in allen Gerichten unnd Perckhwerchen geſchickht redlich Perſonen für Haubtleüt außgeſchoſſen unnd geordennt werden, die auf Unns unnd Unnſer Regierung unnd der Lanndtſchafft Außſchuß Aufpot, ob die des Lanndts notdurfft nach beſchehen wurden, in die fünff, Zehen, fünffzehen unnd in die Zwaintzig Tauſent Mann, oder in die ganntz Macht zu ziehen, Auffgenomen macht haben.“

[249]) L. O. R. 25. „Es ſollen auch alle Slöſſer in diſem Unſerm Lannde in gueter Verwarung gehalten, mit Profanndt unnd in annder weg notdurfftigklich verſehen werden.“

L. O. R. 8. „Ferrer, ſo ſoll ſich yedermann, Er ſei Jung oder Alt, Edel, Unedel, Arm oder Reich, beſchaidenlich unnd gepürlich halten, unnd die, ſo jrer notdurfft noch bey nächtlicher weil die Straßen brauchen müeßen, die ſollen ſich auch gepürlich unnd taugenlich halten unnd bey der nacht kain Püchſen abſchießen.“

h) Falls in einem Bezirke der Aufruhr so überhand nehme, daß die Obrigkeiten mit den ihnen zu Gebothe stehenden Kräften nicht mehr im Stande wären, selben zu unterdrücken, sollten die benachbarten Bezirke zur Hilfeleistung aufgerufen werden, welche dem an sie ergangenen Rufe ungesäumt Folge zu leisten hatten [250]).

i) Die bereits in der L. O. angeordnete neue Beeidigung aller Unterthanen der Grafschaft Tirol und der beiden Hochstifte Brixen und Trient ist in der Empörungsordnung mit dem Beisatze wiederholt, daß jeder, der die Ablegung des Eides verweigerte auf immer des Landes verwiesen und sein Name allen Obrigkeiten und Unterthanen des Landes bekannt zu machen sein. Im Falle der Rückkehr eines Verwiesenen sollte derselbe nach Ermessen der Obrigkeit gestraft werden [251]).

k) Allen Obrigkeiten und Unterthanen ohne Unterschied wurde das Recht der Beschwerdeführung aus was immer für einem Grunde an den Landesfürsten in Person oder an die l. f. Regierung in Innsbruck, oder an die landschäftlichen Ausschüsse daselbst eingeräumt [252]).

l) Auch wurden alle Stadt und Landgemeinden, dann die Bergwerksverwandten zu wechselseitigem Beistand durch Rath und That in

---

[250]) E. O. R. 12. „Ob in ainem oder mer Ennden die Aufruerigen dermaßen überhand nemen, das Sy durch jre Vierdtailmaister oder durch die Obrigkaiten nicht möchte nidergetruckt, unnd die Empörung abgestellt werden, So sollen die Vierdtailmaister die nechsten daran stossenden Gericht von stund an Aufmanen unnd umb Hilff ersuechen, unnd dieselben sollen alßdann demselben Gericht, darinn die Aufruer were zuziehen unnd mit allem Fleiß die Aufruerigen zu Gehorsam zu bringen, unnd die Empörungen zu nidertrucken unnd abzustellen verhelffen."

[251]) E. O. R. 23. „Item es soll auch in Stetten unnd Gerichten die Burgerlich unnd der Inwoner, unnd auff dem Gew, unnd in Dörffern, Auch von denen von Perckhwerchen, von den Angesessen unnd Ledigen Personen die Aydespflicht erneut, unnd also für unnd für gebraucht werden, Innhalt des Artikels in diser Unnser Lanndtsordnung unnd Satzung begriffen."
E. O. R. 24. „Wer sich aber des widerte, dem soll auß dem Lanndt gepotten, unnd ferrer darinn zu wonen nit gestatt, Sunnder sein Namen allenthalben im Lanndt den Obrigkaiten unnd Unnderthanen angetzaigt werden. Unnd ob Er darüber betretten wirdet, soll unnd mag jn die Obrigkait an denselben Ennden darumb notdurfftigklich Straffen."

[252]) E. O. R. 14. „Ob auch den Obrigkaiten, Vierdtailmaistern unnd Zuesätzen, oder yemanndts anndern, wem das beschicht, nyemanndts außgenomen, ychts beswerlichs oder widerwertigs begegnen oder zufallen wurde, der oder dieselben mügen unnd sollen das Unns, Unnserer Regierung zu Ynnßprugg unnd den Außschussen, die von ainer Ersamen Lanndtschafft darzue verordent werden, anzaigen, da soll man fürderlich darinnen die pillichait hanndeln."

allen ihren Angelegenheiten verpflichtet und zu einem freundschaftlichen Zusammenleben aufgefordert [253]).

2. Strafen der Empörer, Urheber, Theilnehmer und Begünstiger der Empörung.

a) Wenn eine Stadt- oder Landgemeinde oder mehrere zugleich sich empörten, sollten die benachbarten Gemeinden oder nach Bedarf auch andere gegen sie ziehen, um die Ordnung wieder herzustellen und sollen sofort die Empörer „an Leib und Gut" gestraft werden. Wenn hiebei Empörer getödtet wurden, so sollten die getreuen Unterthanen, die hiebei mitgewirkt, von jeder strafrechtlichen Verantwortung der Regierung gegenüber und von der privatrechtlichen Entschädigungspflicht den Blutsverwandten der Entleibten gegenüber enthoben sein [254]).

b) Jeder Urheber und Begünstiger einer Empörung, sowie jeder Theilnehmer an denselben, dann jeder Verschwörer war mit „Leib und Guet" verfallen [255]).

c) Auch aufrührerische Reden und deren Verbreitung wurden an den Schuldigen an „Leib, Leben und Guet" bestraft [256]).

---

[253]) E. O. R. 7. „Unnd an wellichen Enden Perckhwerch sein, da söllen die von Stetten, Lanndt unnd anndern Gerichten, unnd die von Perckhwerchen in allen Obligen aneinander trewlich beysteen, hilff, Rat unnd Fürderung beweysen, Auch freündtlich, bruederlich unnd unverächtlich in gueter ainickait unnderainander leben unnd beleiben."

[254]) E. O. R. 17. „Item, wo sich ain Gemain, oder der merer tail in Stetten, Märckhten, Gerichten, oder auff den Perckhwerchen in Aufruer oder Empörung gebe oder einließ, so sollen die umbliegenden oder annder im Lanndt von den dreyen Stänndn, Adel, Stetten unnd Gerichten, fürderlich nach gelegenhait der Aufruerigen, jnen zuezieben unnd macht haben, Sy an Leib unnd Guet zu straffen. Unnd ob ainer oder mer unnder unnd auß den Aufruerigen entleibt wurden, so sollen die gehorsamen damit gegen Unns als der Obrigkait nicht verworcht, auch des Entleibten Freünndtschafft noch anndern deßhalben nicht schuldig sein."

[255]) E. O. R. 15. „Item, welcher ain Anfennger der Empörung ist, hilff, Rat oder That darzue gibt, der ist Unns als Herren unnd Lanndtsfürsten Leib unnd Guet verfallen."
E. O. R. 19. „Item, welche Person sich haimlich oder offenlich ainicher Conspiration, Verainigung, Pünndtnuß, pöß Practicken oder Contrackt zu machen unndersteen wurde, oder machet, die sollen on alle gnad Leib unnd Guet verfallen sein."

[256]) E. O. R. 16. „Item, nachdem bißher auß vil leichtfertigem geschray unnd unwarhafften Reden, so an sunnder Personen gelanngt, die dann solh Reden ferrer außgeprait, groß widerwillen, Aufrueren unnd Empörungen entstanndn sein, unnd noch (wo nit statlichen darein gesehen wirdet) geschehen möchte, Demnach Ordnen, Setzen unnd bewilligen wir, wo sich hinfüro dergleichen unbegründt, leichtfertig Reden unnd geschray in disem Unnserm Lannde durch sunnder Personen zuetrugen unnd begeben, so sollen alßdann dieselben Personen von Stund an einer Obrigkait an dem Ort, wo sich solhes begibt,

d) Endlich war auch derjenige, der sich dem obrigkeitlichen Aufgebothe zu folgen weigerte und der ohne wichtige Ursache und Bewilligung der Obrigkeit den Glockenstreich veranlaßte, mit „Leib und Guet" verfallen [257]).

e) Wer an Zusammenrottungen sich betheiligt, aber noch keinen thätigen Antheil an der Empörung genommen hatte, konnte sich durch Einlieferung der Rädelsführer und Theilnehmer der Empörung von jeder Strafe frei machen [258]).

3. Polizeiliche Bestimmungen über das Benehmen bei Feuersbrünsten.

a) Im Falle einer Feuersbrunst sollte ein Theil der Bevölkerung des betroffenen Viertels zur Löscharbeit, ein anderer Theil zur Aufrechthaltung der Ruhe und Ordnung verwendet und die übrigen zur Verfügung der Viertelmeister in ihren Wohnungen bereit bleiben. Auch soll zur Erzielung einer besseren Ordnung im Vorhinein bestimmt werden, zu welcher der drei erwähnten Parthieen jeder Einwohner des Viertels gehöre [259]).

b) Der Glockenstreich sollte auch in diesem Falle nur mit Zustimmung der Ortsobrigkeit veranlaßt werden [260]).

---

angetzaigt, unnd nit weiter geoffenbaret, damit sich alßdann dieselb Obrigkait des Rechten Grunndts Erlernen, unrat unnd annders, so darauß volgte, desterpas verhueten, Auch dieselben Personen sollen an Leib, Leben unnd Guet gestrafft werden."

[257]) E. O. R. 18. „Unnd welche Person auf Aufpot der verordenten Vierdtailmaister unnd seiner Obrigkait, darunder er gesetzen oder wonhaft ist, nit zuezihen wurde, derselb soll auch umb dieselb sein ungehorsam an Leib unnd Guet gestrafft werden."
E. O. R. 21. „Item, welche Person den Glogkenstraich on Sunnder Echaft unnd on des Dorfmaisters unnd Vierdtailmaisters der Ennde vorwisseen unnd bewilligen ongeen laßt, soll auch an Leib unnd Guet gestrafft werden."

[258]) E. O. R. 20. „An welchen Ennden aber die Anfennger der Empörung, Rädelfuerer, unnd die daran Schuld haben, durch die Unnderthanen, die Sy zu solher Aufruer bewegt unnd bracht haben, zu Unnserer als der Obrigkait unnd der gehorsamen hannden, damit die jr Straff erlanngen, antwurten, die sollen durch Unns, Unnser Erben unnd nachkomen, wo Sy annderst nit mit thätlicher Hanndlung angriffen, begnadt werden."

[259]) E. O. R. 4. „Ob sich aber an ainichen ort, bey tag oder nacht, fewrsnot erhueb, so sollen die verwanten desselben Vierdtails dem Fewr zuelauffen, unnd Fleiß haben dasselbig zu löschen unnd außzutilgen unnd von der annbern orten sollen auch etlich dem fewr zuelauffen unnd die übrigen zuainander komen unnd acht haben, Ob sich mitler Zeit etwas gevärlichs zuetragen wöllt, unnd demselben mit allem Fleiß sovil jnen möglich ist, vor sein. Unnd etlich sollen auch anhaim beleiben, jner Vierdtailmaister unnd Zuesätz beschaid erwarten Unnd sollichen dreyen Partheien balben, soll an yedem Ennde ain Clarer verstannd gemacht werden, damit, ob es dartzue köm, das dann ain yeder wissen müg, wes er sich in solhem halten soll."

[260]) E. O. R. 5. „Deßgleichen, ob von wegen des Fewrs in ainem Gericht der

c) Wer sich bei einer solchen Eventualität irgendwie ungeschickt oder ungehorsam benahm, sollte gebührend bestraft werden [261]).

Sechster Abschnitt.

Ordnung des geistlichen Standes.

Einigen Exemplaren der Landesordnung ist die s. g. Ordnung des geistlichen Standes im Manuskripte beigebunden. Selbe wurde auf dem im Jahre 1525 zu Innsbruck abgehaltenem Landtage mit Ausschluß des zu jenem Landtage überhaupt nicht einberufenen Klerus von den drei übrigen Ständen beschlossen [262]), und vom römischen König Ferdinand als provisorisches Gesetz sanktionirt [263]). Die erfolgte offizielle Kundmachung dieses Gesetzes ist nicht mit voller Sicherheit nachzuweisen, ja sie dürfte vielmehr aus einem zweifachen, einem äußeren und einem inneren Grunde, bezweifelt werden. Der äußere Grund besteht darin, daß die Ordnung des geistlichen Standes eben nicht gedruckt wurde, sondern nur, wie oben erwähnt, in einigen wenigen handschriftlichen Exemplaren vorhanden ist; wäre sie gehörig kundgemacht worden, so wäre sie gewiß ebenso in Druck gelegt und in Umlauf gesetzt worden, wie die auf demselben Landtage zu Stande gekommene Landesordnung. Der innere Grund, der gegen die Kundmachung und jedenfalls gegen eine strenge und genaue Vollziehung der Ordnung des geistlichen Standes

---

Glogkenstraich angeen sollte, so sollen Sy den nit angeen lassen, Sy haben dann von derselben jrer Obrigkait oder Vierdtailmaistern, da das Fewr auffganngen ist, grünndtlichen bericht."

[261]) E. O. R. 6. „Ob sich aber in fürfallenden Leüffen oder fewrsnöten yemanndts ungeschickht, ungehorsam oder frevenlich, unnd zu Hanndthabung unnd Errettung des gemainen Nutz widerwertig erzaigen wurde, der soll durch die Obrigkait an denselben orten nach Rat der Geswornen mit Hilff der Vierdtailmaister, Zuesätz unnd des gannzen Gerichts, wie sich gepürt, gestrafft werden."

[262]) Historisch-statistisches Archiv für Süddeutschland I. Band: Aufsatz betitelt: Tirolische Landtage, Seite 304: „Hierüber haben die Prälaten, Kapitel und Geistliche 3 Memorialien an Ihro Durchläucht eingeben, und gebethen, daß man sie auch als den ersten Stand ohnerachtet der Städt und Gerichter Widerspruch zu den Landtag einberufen, jedannoch die Städt und Gerichter selbe nicht zugelassen, sondern sie Geistliche gänzlich präterirt und währender Handlung ausgeschlossen habe, und also Ihro Durchläucht sie Geistliche nicht unterdrücken lassen solle."

[263]) Ebendaselbst, Seite 305: „Der Ordnung des geistlichen Stands, welche Erzherzog Ferdinand bei ereigneten Tumult bis erfolgenden Concilio Anno 1525 errichtet."

spricht, liegt in der gegen den Klerus und gegen viele der unbestreitbarsten Rechte der Kirche auffallend feindlichen Richtung dieses Gesetzes, welches wohl nur als ein vorübergehendes äußeres Symptom der damals auch in Tirol unläugbar vorhandenen mit den geschichtlichen Ereignissen jener aufgeregten Zeiten zusammenhängenden Mißstimmung gegen die Geistlichkeit anzusehen ist. Immerhin bildet jedoch die Ordnung des geistlichen Standes einen interessanten Beleg für die historische Thatsache, daß die dem Katholizismus feindlichen reformatorischen Tendenzen jener Zeit auch in Tirol, und zwar nicht bloß in einzelnen Volksschichten, sondern auch im Landtage und in den Regierungskreisen, wenn auch nur auf kurze Zeit Eingang gefunden haben, und daß auch dieses Land vom Wogenschlage der religiös-sozialen Bewegung jener Zeit bereits berührt war. Die Bestimmungen der Ordnung des geistlichen Standes sind folgende:

1. Alle Unterthanen geistlichen Standes sollen bis zur definitiven Regelung der Grenzen der geistlichen Gerichtsbarkeit durch ein allgemeines Konzilium oder durch ein Reichsgesetz in allen weltlichen Sachen auch der weltlichen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsachen und in Strafsachen unterworfen sein, und sollte dießfalls die Weigerung der geistlichen Obrigkeiten, als der Bischöfe u. s. w. nicht beachtet werden [264]).

2. Die Unterthanen weltlichen Standes sollen nur in rein geistlichen Angelegenheiten, als Ehesachen u. dgl. der geistlichen Gerichtsbarkeit unterstehen [265]).

3. Alle geistlichen Würden, Aemter und Benefizien sollen in Zukunft nur vom Landesfürsten verliehen werden. Zu diesem Behufe hatten jene Gemeinden und Obrigkeiten, in deren Bezirk ein kirchliches Amt auf irgend eine Weise erlediget wurde, gemeinschaftlich dem Landesfürsten oder seinem Statthalter zwei oder drei zur Versehung

[264]) Ordnung des geistlichen Standes. R. „Wir bewilligen und lassen auch hiemit zue, das diser Zeit biß auff ain gemain Cristenlich Conzillium oder erledigung der Stannd des Reichs alle unnser unnderthanen deß Geistlichen Stannds an den ennden, da die gesessen oder wonnhafft sein, Umb unnzucht, Ynnzicht, Erbschafften, Schulden, Zinnß, Zehennden unnd dergleichen weltlichen Sachen von den weltlichen Richtern unnd Obrigkaiten Recht nemen unnd geben, Auch unnder derselben Straff unnd Jurisdiktion, wie annder weltlich Personen, gehalten werden, unnd sein sollen, unangesehen der Waygerung auff Ir Ordinarien oder Geistlichen Obrigkaiten."

[265]) O. d. g. St. R. 2. „Es sol auch kain weltlich Person umb kain Sach für das Geistlich Gericht geladen oder verordent werden, Allain das Sakrament der Ee unnd Cristennlich ordnung beruerende."

dieſes Amtes taugliche Prieſter vorzuſchlagen, welche ſodann ſich einer Prüfung unterziehen mußten. Der Fähigſte aus den Vorgeſchlagenen ſollte das erledigte Amt erhalten und ſofort in den Beſitz der Temporalien geſetzt werden[266]).

4. Wenn ſich ein Pfarrer, Kaplan, Benefiziat oder Geſellprieſter (Hilfsprieſter, Cooperator) ſchlecht aufführte, ſollte hievon von Seite der Gemeinde und der Obrigkeit mit Umgehung des Biſchofs die Anzeige an die landesfürſtliche Regierung gemacht werden, welche ihn ſofort abzuſetzen, und einen andern an ſeine Stelle zu ernennen hatte[267]).

Daß die tiroliſchen Biſchöfe und der geſammte Klerus beſonders gegen die sub 3) und 4) angeführten Beſtimmungen, welche die biſchöflichen Rechte und die Würde der Kirche tief verletzten, energiſch proteſtirten, iſt wohl ganz erklärlich; es wäre vielmehr unbegreiflich, wenn es nicht geſchehen wäre.

5. Die Pfarrer ſollten die kanoniſche Pflicht der Reſidenz einhalten[268]).

---

[266]) O. d. g. St. R. 3. „Wir wollen auch hinfüro biß auff erledigung egemelts Conzillium oder der Stannd deß Reichs alle geiſtlichen Lehennſchafften in diſem unnſerm Lannde, es ſeven pharren oder Benefizien, an Unns nemen, unnd die verleihen. Alſo wann derſelben pharren oder Benefizien aine oder mer, ſo vormals die geiſtlichen zu verleihen gehabt, füro ledig werden, unnd ain pharrer oder Caplan auß pillichen urſachen entſetzt wurde, ſo ſollen die gerichtlich Obrigkaiten mitſambt denen von Stetten oder Gerichten, da die pharr oder Caplaney gelegen iſt, zween oder drey geſchickht Brieſter erwellen unnd benennen, unnd auß die, ſo Wir im Lannde ſein, oder in Unnſerm abweſen Unnſerm Stathalter unnd Hofrat zu beſtäten preſenndieren. Dieſelben ſollen alßdann examiniert werden, unnd wellichen der geſchickhtiſt unnder jnen gefunden wirdet, zu ainem pharrer oder Caplan fürgenomen, confimiert, unnd deß bevelch unnd urkunt von Unns, oder Unnſerm Stathalter unnd Hofrat nemen, damit jm die possess geben werde."

[267]) O. d. g. St. R. 3. „Wo ſich aber ain pharrer mit unnderhaltung der Seelſorg, dergleichen ain Caplan in dem oder in annder weg ungepürlich halten, unnd gepürliche Straff nit annemen wollte, ſo ſol ſolhes durch die Obrigkait mitſambt den Pharrleüten der ennde Unns, oder Unnſerm Stathalter unnd Hofrat als der Lanndt-Regierung angetzaigt, unnd ſoverr ſich dann aines pharrers oder Caplans unſchickhlichkait dermaßen befunde, So ſol derſelb ſollicher Seelſorg, pharr oder Caplaney entſetzt unnd ain annder geſchickhter pharrer oder Caplan fürgenomen unnd beſtät werden."
O. d. g. St. R. 4. „Wo ſich auch die geſelbrieſter des pharrers der ennde ungeſchickht halten, das ſol jren pharrern angetzaigt, unnd ſoverr durch Sy nit wendung geſchicht, ſo mügen durch die Herrſchafft unnd pharrleüt annder geſchickht Brieſter an deß oder derſelben Stat geordennt werden."

[268]) O. d. g. St. R. 5. „Es ſoll auch hinfüro kainem kain pharr verliehen werden, er beſitz dann die ſelber perſonndlich, unnd thue der mit Predigen, meßleſen, unnd in annder weg warten, wie ſich gepürt. Doch ſollen hierinnen Unnſere Caplan unnd Diener außgeſloſſen ſein."

Diese Bestimmung ist gegen den damals vorherrschenden Mißbrauch gerichtet, daß die Pfarrer sich häufig nicht in ihren betreffenden Seelsorgsstationen aufhielten, sondern zu ihrem größeren Vergnügen in Städten, Abteien u. s. w., und ihre seelsorglichen Pflichten durch einen in der Regel nur sehr kärglich besoldeten Stellvertreter (Vikar) erfüllen ließen. Das theilweise Eindringen der lutherischen und wiedertäuferischen Lehre in Tirol läßt sich neben andern Gründen wohl auch durch den großen Mangel an Pflichteifer und den häufig nichts weniger als sittenreinen Lebenswandel der damaligen tirolischen Geistlichkeit erklären [269]).

6. Die Geistlichen sollten nicht mehr berechtiget sein, für Spendung der heil. Sakramente und Vornahme anderer gottesdienstlicher Handlungen, als: Begräbnisse u. s. w. ein Entgelt zu fordern, sondern sollten alle kirchlichen Funktionen unentgeltlich verrichten, jedoch stand es jedermann frei, ihnen hiefür etwas zu geben. Nur für das Abhalten eines Todtengottesdienstes sollte den Geistlichen eine billige Bezahlung geleistet werden, jedoch die Verwandten des Verstorbenen zur Bestellung von s. g. Jahrtagen u. dgl. nicht gedrängt werden [270]).

7. Den Stadt- und Landgemeinden sollen die ihnen in Bezug auf ihre Pfarreien zustehenden speziellen Privilegien unverkümmert bleiben [271]).

8. Wird die am 24. Oktober 1524 zu Wien für die deutsch-österreichischen Erblande erlassene s. g. Pragmatik auch auf Tirol ausgedehnt; deren wesentliche Bestimmungen sind: a) Wenn unbewegliche Güter oder hierauf bezügliche Rechte durch Kauf, Stiftung oder auf

[269]) Ueber das Eindringen und die Verbreitung der wiedertäuferischen Lehre in Tirol siehe den sehr gediegenen Aufsatz des Gymnasialprofessors Johann von Kripp: „Ein Beitrag zur Geschichte der Wiedertäufer in Tirol", enthalten im Programme des Innsbrucker Gymnasiums vom Jahre 1857."

[270]) O. d. g. St. R. 6. „Darzue sollen auch die pharrer, noch Ire gesellbriester hinfüro in diser Unnser Grafschafft Tirol mitsambt derselben zuegewanndten (i. e. cum partibus annexis, die Hochstifte Trient und Brixen) die unnderthanen unnd pharrleüt von wegen der Begrebnuß, Peichtgelt, oder Seelperait, Raichung ainichs Sakraments zu geben nicht drungen, Auch deßhalben kain gedingnus oder Vertrag mit nyemanndt mache, Sunder ob yemanndt für dieselben geistlichen Dienstparkaiten ychts raichen wolt oder nit, das sol zu seinem freyen willen steen, unnd so ainer also nichts Raichet, die Begrebnuß, ain oder mer Sakrament darumb nit versagt werden. Gleicherweise sollen Sy deßelben abgestorbnen freünndtschafft mit meßleſen, besinknuß (i. e. Abſingen von Todtengebethen) oder jartag zu halten nit anstrengen, noch dringen. Was aber die auß Ir selbs zu deß abgestorbnen begenngknuß mit haltung etlicher meßen unnd annder gotsdiennst fürnemen, unnd halten laßen, Darinnen sol dieselb freünndtschafft von dem pharrer wider die pillichait nit beswärt werden."

[271]) O. d. g. St. R. 7. „Wir wollen auch die von Stetten unnd Gerichten bey Iren freyhaitten, die Sy Irem pharrer halber haben, genedigklich beleiben laßen, unnd darüber nit beswären, auch solichs yemanndts zu thun gestaten."

irgend eine Weise in den Besitz von Geistlichen kamen, so stand den Erben und Blutsfreunden desjenigen, von dem diese Güter herrührten, die Loosung oder das Einstandsrecht in dieselben zu, und zwar um den landesüblichen Werth der Güter; b) sollte dieses Einstandsrecht vor jeder Verjährung geschützt sein; c) in Ermanglung von Blutsfreunden des Stifters, Verkäufers u. s. w. ging das Einstandsrecht an die landesfürstliche Kammer über, welche ihrerseits dasselbe wieder auf andere Personen übertragen konnte; d) waren die Geistlichen verpflichtet, das durch die Einlösung eines unbeweglichen Gutes von Seite der dießfalls Berechtigten erworbene Geld nur mit Wissen und Willen der landesfürstlichen Regierung und zwar auf solche Weise zu verwenden und fruchtbringend anzulegen, daß die betreffende Stiftung im ordentlichen Stande erhalten und der Stiftungszweck erfüllt werde[272]).

9. Wer sich durch Hingabe seines ganzen oder eines Theiles seines Vermögens an ein Kloster oder Gotteshaus eine Leibzucht (Leibgeding) bestellen wollte, mußte zuvörderst den Abschluß eines solchen Vertrages seinen Blutsverwandten anbiethen, um das Vermögen in der Familie zu erhalten, und nur wenn dieselben hierauf entweder gar nicht oder nur unter sehr ungünstigen Bedingungen eingehen wollten, durfte er sich die Leibzucht beim Kloster oder Gotteshause bestellen[273]).

10. Sollte es bei der Verordnung des Kaisers Maximilian I. auch in Zukunft verbleiben, wornach den Klöstern kein Erbtheil eines ihrer Mitglieder kapitalisch eingeantwortet, sondern nur eine jährliche Rente nach Ermessen der Eltern und Verwandten des betreffenden Mitgliedes und der Obrigkeit gegeben werden dürfe[274]).

---

[272]) Historisch-statistisches Archiv für Süddeutschland, I. Band. Aufsatz: Tirolische Landtage, Seite 306 und 307.

[273]) O. d. g. St. R. 11. „Wir ordnen auch hiemit, Wo im ain oder mer person leibgeding in die Clöster oder Gotshewser umb sein zeitlichs hab unnd guet kauffen wolt, das das bey der freünndtschafft, wie in Clöstern unnd Gotshewsern ervolgen, unnd das notturftigklich vergwist sein, sollen der oder dieselben solich leibgeding bey der freünndtschafft annemen unnd sich der Clöster unnd Gotshewser enntsagen; wo nit, so mügen Sy mit den Clöstern unnd Gotshewsern deßhalben wol unnd unverhindert hanndeln."

[274]) O. d. g. St. R. 10. „Dann betreffend der eingeben Personen unnd Closter-leüt Erbschafften, das die nit mer darein vervolgen sollen, Geben wir dise erleutrung, wie die durch unsere unnderthanen des weltlichen Stannds angezaigt wirdet durch weiland Unnsern Hern unnd Unnsern Kayser Maximilian unnd der Erblannde außschuß dermassen getan worden ist. So wollen wir es auch genedigklich dapey beleiben lassen unnd laut derselb artiggl also.

Nachdem in den Österreichischen Lannden teglich frawen unnd man auß

11. Die Abhandlung der Verlassenschaften der Geistlichen sollte durch die weltliche Obrigkeit vorgenommen werden und falls keine Erben da wären, die eine Hälfte des Nachlasses der landesfürstlichen Kammer, die andere der Kirche und den Hausarmen zufallen[275]).

freyen willen durch Vater unnd Freünndt in die Clöster komen oder geordennt werden, unnd dem heiligen Regulierten orden sich unndergeben, Profeß thuennd, unnd der weltlichait entslagen, neben den weltlichen in gegenwärttigen unnd künfftigen Erbfällen, unangesehen das nicht widerumb herausvolgt, sich in gleiche Erbfäll dardurch groß guet zu täglichem abfall der ordennlichen unnd annder Erlichen gesslecht on ainich merung des gottsdiennst in die Clöster kumbt (eindringen wollen). Dieweil aber die mann unnd frawen Clöster in angetzaigten Erblannden von den Fürsten von Österreich unnd Adennlichen gesslechten Erlich unnd Reichlich, damit Sy nach ansehung unnd in Craft solicher fundazion unnd Ires Gotshaus einkomen, ain Erlichs anzal Conventual Prueder unnd frawen zu halten, umb gots unnd kains gelts willen Schuldig Tettiert unnd begabt sein; Dann auff den Stiffter, Sei ain Corherrn phruennbt ledig, das desselben guet nicht auf dem Stifft bleibet, sondern auff seine Erben nach seinem abgang felt, kain gelt von kainem begert, sonndern von des Stiffts ordinari einkomen Innhalt der Stifftung unnderhalten, verlihen wirdet. Demnach so ist entgegen pillich, das nach ansehung aines yeden Gotshaus einkomen genuegsam Convent Brueder unnd Frawen zu Hanndthabung solicher Stifftung gehalten, unnd was personen, man oder frawen, sich füran in die Clöster mit der Profeß dem heiligen orden unnder geben, das denselben personen, dieweil soliche Gotshewser, wie oben begriffen, des gemainen Adl unnd annderer Erlichen gesslechte, Spitäler unnd darauff fundiert unnd geordennt sein, ain Zimlich Erlich deputat, nicht drungennlich, sonnder nach Erlichem gemuet, wißen unnd willen derselben Vater unnd mueter, oder negsten freünndt unnd Gerbaben, oder wo not, nach Rat der Obrigkait, damit die gesslecht nicht beswert, sonnder aufennthalten werden mügen, an truckhem gelt unnd in Varennder hab, doch nicht an ligennden guettern, sonnder auff Lebenlanng, als von Zwaintzig ain guldein trucken gelt, von Hannd zu Irer person unnterhaltung, für all ansprach unnd auff ewig genuegsam fürzichten aller vergangnen unnd künfftigen Erb unnd Todfal. Ob aber ain Gotshaws, auch Convennt Frawen oder Brueder, solich fürzicht nit geben wollen, Dergleichen die personen, so von Jugennt in den Gotshewsern erzogen, oder sich aus freyem willen, on gunst Irer Vater unnd negsten Freünndt in die Clöster ergeben, sich solicher fürzicht wider gemain Lanndtordnung widern unnd setzen wurden, so sollen nicht destweniger die negsten Freünndt unnd Erben pey solicher obangetzaigten ordnung unnd deklarazion gehanndthabt unnd dawider zu beswären nit gestat werden."

[275]) D. d. g. St. R. 13. „Es solle auch nach abgang aines yeden pharrers all sein verlassen hab unnd guet durch die Obrigkait, mitsambt etlichen Raten aus den Stetten, auch geswornen aus den Gerichten aigentlich Inventiert, unnd auff den dreissigsten, der den Erben unnd geltern durch offen beruefung verkunndt werden soll, darinn gehanndlt, damit die Eebalten (i. e. Dienstbothen) unnd annder beweist Gelter Ires Lidlons unnd schulden betzalt, die zimlichen gepürlichen geschefft oder Testament nach ordnung unnd gebrauch des Lanndes beschehen, volzogen, unnd die übrig hab unnd guet sein unwidersprechlichen oder beweisten Erben zu bannden gestellt. Ob aber nicht beweiste Erben erscheinen, so sol solich verlassen hab Jar unnd Tag in der

12. Die Geistlichen sollten von ihren Renten, Grundstücken, Zinsen, Gülten u. s. w. nach Vorschrift des auf dem Botzner Landtage vom Jahre 1500 zu Stande gekommenen Steuergesetzes die gehörige Steuer entrichten[276]).

13. Ebenso sollten sie zu den Gemeindebauten und gemeinnützigen Anstalten der Gemeinde nach Verhältniß ihres Vermögens Beiträge leisten[277]).

14. Ferners sollten die Geistlichen kein Gewerbe betreiben, und insbesondere keine Weinschenken halten[278]).

15. Endlich wurde den Bettelorden und andern Mitgliedern des geistlichen Standes das Sammeln von Lebensmitteln, Almosen u. s. w. zwar nicht verbothen, es sollte jedoch kein Zwang zu irgend einer Gabe stattfinden, sondern es Jedermann freistehen, ihnen etwas zu geben oder nicht[279]).

Auf dem im Jahre 1527 zu Innsbruck abgehaltenen Landtage hat nun der gesammte Säkular- und Regularklerus der drei Landesdiözesen Trient, Brixen und Chur in einer besonderen Vorstellung um

---

Obrigkait gewarsame behalten, unnd alßdann zu dreyen viertzehen tagen ain offenlicher gerichtstag beruefft unnd damit laut des Artiggls gemainer Lanndtsordnung freyhait des weltlichen Stannds der abgestorbenen gueter halben, begriffen, prozediert unnd gehanndelt werden. Ob aber kaine Erben vorhanden wärn, so sol halbe bab Unns als Lanndtßfürsten vervolgen, unnd der annder halb tail sol auß gnaden durch Unnser Ambtleüt halbs der Kirchen, da der abgestorben Briester auff solicher pharr unnd phruennt gewond hat, unnd der annder halb tail Hausarmen Leütten unnd anndern Türfftigen umb gotswillen ausgetailt werden."

276) O. d. g. St. R. 14. „Es sollen auch hinfüran die unnderthanen des geistlichen Stannds alle Jre Zinnß, Rännt, gülten, Stukkhen unnd Guettern, wo Sy die in Stetten unnd Gerichten ligen unnd aufzuheben haben, verstewrn unnd verraisen, Innhalt des Artiggls im Lanndtag zu Botzn des fünffzehenhundertisten Jars gehalten, fürgenomen unnd hievon (i. e. in der Landesordnung) der Stewr halben Zwischen dem Adl, Stetten unnd Gerichten, von wort zu wort also eingeleibt, begriffen ist."

277) O. d. g. St. R. 15. „Dergleichen sollen dieselben des geistlichen Stannds in den Stetten unnd Gerichten von denselben jren Zynnsen, Rännten, gülten, Stuckhen unnd guetern nach größ unnd vil (i. e. Zahl) derselben in allen Gehafften unnd waßer gepewen mit anndern unnterthanen des weltlichen Stannds heben unnd legen, auch mitleiden tragen."

278) O. d. g. St. R. 16. „Die Geistlichen sollen auch verrer nit wirthschafft halten, noch sich ainicher gewerb oder weinschenkens gebrauchen."

279) O. d. g. St. R. 12. „Dann der petl ordennsleüt unnd annder des geistlichen Stannds Sambler, so Sy im Wymat unnd annder zeit im Jar thun, geben wir disc erleütrung, Dieweil in aines yeden willen steet, ob Er Inen auff Jr ersuechen unnd Bittn geben will oder nit, So ist unnot, das wir solhs verpieten, denn so man dem Vagierenden unnd den petl ordenns verwonnten nichts gibt, wirdet solicher orden unnd Sammler für sich selb abgethan."

Aufhebung der eben besprochenen Ordnung des geistlichen Standes und um Abänderung der wider die geistlichen Rechte und Immunitäten gerichteten Bestimmungen der Landesordnung vom Jahre 1526, insbesondere der auf den Zehent als die oft einzige Dotation der Seelsorger bezüglichen, dringendst gebethen. Hierüber wurde von Seite des römischen Königs Ferdinand verordnet, daß bei der bevorstehenden Reformirung der Bauernlandesordnung auf diese Beschwerde Rücksicht genommen werden möge, und daß einstweilen die Ordnung des geistlichen Standes, soweit sie gegen die Geistlichkeit angeführt würde, keine Rechtskraft haben solle[280]).

Anhang A.

Das Original befindet sich im tirolischen Statthaltereiarchive zu Innsbruck.

Thaur und Rettenberg Supplication.

Item zum ersten, nachdem geschriben steet, das der mensch nit allain leb des leiblichen Brots, sunder auch ains yeglichen worts, das aus dem mund gottes geet, Bedennckhen wir das der Cristenlichen Gemain an demselben am höchsten unnd maisten gelegen ist, Nachdem aber das heilig götlich wort bißher mit menschenlern dermaßen vertunckelt worden ist, Das wir dardurch des eingangs unser seligkait in groß geferlichkait komen sein, so aber jetzo solichs götlichs wort auß dem gnedigen willen gottes lautter, klar, unnd unvermüscht an tag kombt, unnd die, so dartzue von got beruefft, demselben anhanngen wellen, nit allein vervolgt, sonnder auch auß dem ungleichen gotlosen verstannd, den die

[280]) Historisch-statistisches Archiv für Süddeutschland I. Band. Aufsatz betitelt: Tirolische Landtage, Seite 313: „Bei diesen Landtag (i. e. vom Jahre 1527) seynd auch die Kapitel, Prälaten und Priesterschaft von Trient, Brixen und Chur durch sondere Supplik einkomen und haben gebethen: 1. daß ehevor wähnende Empörung wider die geistliche Freyheiten bis auf ein Concilium errichtete Libell abzuthun, wollen aber bey dem Regenspurger Abschied verbleiben. 2. die in der Landsordnung wider die geistliche Immunität, und Rechte laufende Artickel, sonderlich wegen der nachgelaßenen und aufgehebten Kleinzehenden an Ruben, Griennrad, Obst und Hienern. Über welche Supplik Ihre Majestät verordnet, daß bei Reformierung der Landsordnung auf diese Beschwerden, den Rechten und alten Herkommen und den Reichsabschied zu Speyer de Anno 1526 gemäß gedenkt und interim bemeldtes Libell, fahls solches wider die Geistlichkeit allegirt wurde, durch bemeldten Reichsabschied abgethan zu sein fürgewendet werden solle."

aigennutzigen Prediger dem volckh darwider einfuern, in jrsal unnd dahin gewisen, das gleich der ainfeltig mensch nit ways, welchem Er anhanngen unnd nachfolgen sol, unnd also dardurch in Conspiration unnd zu aufrur wider sein willen, das er nit ways, was er thuen oder lassen sol, bewegt wirdet, Demselben aber zufürkomen, unnd der kern des götlichen wort auß dem unkraut der menschenlern außgerent, auch dardurch sollich unnd dergleichen empörungen unnd jrsal in dem gemainen volckh widerumb gestellt, Zu Fried unnd Rue bracht werde:

Ist unnser unnderthenigst bit, E. f. Dcht. (i. e. Eure fürstlich Durchlaucht) welle, als ain Cristennlich Fürst, genedigklich bewilligen unnd zuelaßen, das wir allenthalben bey unnsern Kirchen mügen umb gelert gotfferchtig menner sehen, Die unns solichs heiligs gotlichs wars wort gottes lautter, klar unnd unvermüscht unnd mit kainer annder leer verkundigen, dann deren leer, so derselben anhenngig, gleichformig unnd gemäs sein, Alles zu der lieb gottes unnd der negsten, auch zu gehorsam unns von got eingesezten obrigkait. Zu stillung diser aufrurn, auch zur straffung der gemainen laster in allen Stennden, der Hoffnung, so solhs beschehe, dartzue dann all Cristlich Creaturen zu hoffen, unnd schuldig sein, darüber, leib, leben unnd alles vermugen zu lassen, Der Almechtig ewig Got werde damit seinen götlichen Zorn, daryn wir warlichen unnser sunnden halben steen, widerumb von unns abwennden, unnd unns allen gleichhelligen Cristlichen verstannd geben unnd verleihen, hinfür in seinem götlichen willen seinen satzungen unnd gepotten gemes zu leben, Das wir unns gar unnderthenigklichen ungezweifelt versehen, E. f. D. als ain Cristennlicher Fürst dartzue sonnderlichen von Got verordennt werde, dartzue zu helffen genedigklich genaigt unnd begirig sein, unns also von disen menschenlern zu erledigen.

Wir pitten auch gar unnderthenigklich, dieweil wir vernemen, das etlich Cristennlich menner umb des Heyligen Ewangeliums unnd derselben anhenngigen lere willen gefenngklich gehalten werden, E. f. D. als ain Cristennlicher Furst well sy derselben Jr gefenngknus on entgelt genedigklich ledig, Auch die vertribnen Prediger des Ewangeliums wider in disen lannd wonen unnd predigen lassen, unnd hinfüran nit gestatten, Geistlich oder weltlich Personen umb des heyligen Ewangeliums unnd derselben anhanngenden lere willen mer zu belaidigen unnd zu beswern, es wär dann sach, das bey denselben, oder anndern Personen ainich malefitzig verhanndlung befunden wurde, in

derſelben ſol unnd mag alle Zeit, was ſich gepürt unnd Recht iſt, gehanndlt werden, unnd dieweil wiſſent, was auß der Geiſtlichen (oder weltlich oberkhait) Hanndlungen entſtannden, Iſt unnſer beger, das derſelb Ir weltlicher gewalt abgeſtellt, unnd mit Inen gehanndelt werd, das Sy Iren ſachen, zu denen ſy von Got verordennt worden, Unns auch genedigklich vergunt und gewalt geben werd, unns Pharrer unnd Prediger ſelbs, nach Rat der verſtenndigiſten Pharrleüt on mennigklichs Irrunng zu ſetzen unnd enntſetzen.

Zum anndern iſt unns treffenlich anzaigt, wie der Schazmaiſter etliche Schif mit pulfr, geſchüz, weern unnd annder guet auß dem Lannd well fuern, unnd dieweil wir wißen, das das Lannd in verganngen Kriegslauffen an ſolhen notturfften vaſt erſchepft iſt, Haben wir ob ſolhem beſwerung gehabt, unnd unns daraus auß trewer maynung E. f. D. unnd gemainer Lanndſchafft zu guet unnderſtannden, ſolichs zu wennden, das dann diſer unnſer verſamblung die größt urſach, unnd Unnſer maynung nit geweſen iſt, ſonnſt yemannd zu beſwern oder zu belaidigen, Pitten darauff E. f. D., die well anſehen gemains Lannds notturfft unnd hinfüran ſolche ſachen on gemainer Lanndſchafft (die deß ſelbs größt notturfft hat) wiſſen auß dem Lannd fueren zu laſſen nit geſtatten.

Zum dritten, das auch die frembden Reitter widerumb auß dem Lannd verordennt, unnd hinfüran die Gemainen Gerichtleüten nit alſo im Getrayd unnd anndern durch Sy ſcheden zuegefuegt werden, ſich auch peßere beſchaidenhait unnd kains ſolhen unförms gebrauchen, wie an Irem heraufzug beſchehen iſt. Auch hinfüran kain überzug von frembden Reittern oder Fuesknechten in diſe Grafſchaft Tirol geſchech, wo es aber von nötten ſein werde, wellen wir unnſere Confin mit geſeſſnen Lanndleüten verſorgen, damit E. f. D. unnd wir verſehen ſind.

Zum vierten, von wegen der ab- unnd auffzug, ſo die Grunndtherren vermainen auff den guetern zu haben, die doch ainer auß armuet unnd not verwennden, verkauffen, oder ain anndern darauff ſetzen mueß, Pitten wir, das ſolhe große beſwerd abgeſtelt, unnd die gueter, ſo dem Biſchof von Augspurg unnd anndern Zinnspar, unnd ſonnderlich beſwert ſind, wie annder gueter im Lannd gehalten werden.

Zum fünfften, von wegen des Sigl unnd Schreibgelt, ſo

aigennutzigen Prediger dem volckh darwider einfuern, in jrsal unnd dahin gewisen, das gleich der ainfeltig mensch nit ways, welchem Er anhanngen unnd nachfolgen sol, unnd also dardurch in Conspiration unnd zu aufrur wider sein willen, das er nit ways, was er thuen oder lassen sol, bewegt wirdet, Demselben aber zufürkomen, unnd der kern des götlichen wort auß dem unkraut der menschenlern außgerent, auch dardurch sollich unnd dergleichen empörungen unnd jrsal in dem gemainen volckh widerumb gestellt, Zu Fried unnd Rue bracht werde:

Ist unnser unnderthenigst bit, E. f. Dcht. (i. e. Eure fürstlich Durchlaucht) welle, als ain Cristennlich Fürst, genedigklich bewilligen unnd zuelaßen, das wir allenthalben bey unnsern Kirchen mügen umb gelert gotfferchtig menner sehen, Die unns solichs heiligs gotlichs wars wort gottes lautter, klar unnd unvermüscht unnd mit kainer annder leer verkundigen, dann deren leer, so derselben anhenngig, gleichformig unnd gemäs sein, Alles zu der lieb gottes unnd der negsten, auch zu gehorsam unns von got eingesezten obrigkait. Zu stillung diser aufrurn, auch zur straffung der gemainen laster in allen Stennden, der Hoffnung, so solhs beschehe, darzue dann all Cristlich Creaturen zu hoffen, unnd schuldig sein, darüber, leib, leben unnd alles vermugen zu lassen, Der Almechtig ewig Got werde damit seinen götlichen Zorn, daryn wir warlichen unnser sunnden halben steen, widerumb von unns abwennden, unnd unns allen gleichhelligen Cristlichen verstannd geben unnd verleihen, hinfür in seinem götlichen willen seinen satzungen unnd gepotten gemes zu leben, Das wir unns gar unnderthenigklichen ungezweifelt versehen, E. f. D. als ain Cristennlicher Fürst darzue sonnderlichen von Got verordennt werde, darzue zu helffen genedigklich genaigt unnd begirig sein, unns also von disen menschenlern zu erledigen.

Wir pitten auch gar unnderthenigklich, dieweil wir vernemen, das etlich Cristennlich menner umb des Heyligen Ewangeliums unnd derselben anhenngigen lere willen gefenngklich gehalten werden, E. f. D. als ain Cristennlicher Furst well sy derselben Jr gefenngknus on entgelt genedigklich ledig, Auch die vertribnen Prediger des Ewangeliums wider in disen lannd wonen unnd predigen lassen, unnd hinfüran nit gestatten, Geistlich oder weltlich Personen umb des heyligen Ewangeliums unnd derselben anhanngenden lere willen mer zu belaidigen unnd zu beswern, es wär dann sach, das bey denselben, oder anndern Personen ainich malefitzig verhanndlung befunden wurde, in

derſelben ſol unnd mag alle Zeit, was ſich gepürt unnd Recht iſt, gehanndlt werden, unnd dieweil wiſſent, was auß der Geiſtlichen (oder weltlich oberkhait) Hanndlungen entſtannden, Iſt unnſer beger, das derſelb Ir weltlicher gewalt abgeſtellt, unnd mit Inen gehanndelt werd, das Sy Iren ſachen, zu denen ſy von Got verordennt worden, Unns auch genedigklich vergunt und gewalt geben werd, unns Pharrer unnd Prediger ſelbs, nach Rat der verſtenndigiſten Pharrleüt on mennigklichs Irrunng zu ſetzen unnd enntſetzen.

Zum annderm iſt unns treffenlich anzaigt, wie der Schazmaiſter etliche Schif mit pulfr, geſchüz, weern unnd annder guet auß dem Lannd well fuern, unnd dieweil wir wißen, das das Lannd in verganngen Kriegslauffen an ſolhen notturfften vaſt erſchepft iſt, Haben wir ob ſolhem beſwerung gehabt, unnd unns daraus auß trewer maynung E. f. D. unnd gemainer Lanndſchafft zu guet unnderſtannden, ſolichs zu wennden, das dann diſer unnſer verſamblung die größt urſach, unnd Unnſer maynung nit geweſen iſt, ſonnſt yemannbt zu beſwern oder zu belaidigen, Pitten darauff E. f. D., die well anſehen gemains Lannds notturfft unnd hinfüran ſolche ſachen on gemainer Lanndſchafft (die deß ſelbs größt notturfft hat) wiſſen auß dem Lannd fueren zu laſſen nit geſtatten.

Zum dritten, das auch die frembden Reitter widerumb auß dem Lannd verordennt, unnd hinfüran die Gemainen Gerichtleüten nit alſo im Getrayd unnd annderm durch Sy ſcheden zuegefuegt werden, ſich auch peßere beſchaidenhait unnd kains ſolhen unförms gebrauchen, wie an Irem heraufzug beſchehen iſt. Auch hinfüran kain überzug von frembden Reittern oder Fuesknechten in diſe Grafſchaft Tirol geſchech, wo es aber von nötten ſein werde, wellen wir unnſere Confin mit geſeſſnen Lanndleüten verſorgen, damit E. f. D. unnd wir verſehen ſind.

Zum vierten, von wegen der ab- unnd auffzug, ſo die Grunndtherren vermainen auff den guetern zu haben, die doch ainer auß armuet unnd not verwennden, verkauffen, oder ain annderm darauff ſetzen mueß, Pitten wir, das ſolhe große beſwerd abgeſtelt, unnd die gueter, ſo dem Biſchof von Augspurg unnd annderm Zinnspar, unnd ſonnderlich beſwert ſind, wie annder gueter im Lannd gehalten werden.

Zum fünfften, von wegen des Sigl unnd Schreibgelt, ſo

ainer umb ſolhen beſtannd oder kauff brieff auffrichten laßt, ſo wellen Sy von ainem brieff nur ain Gulbein Siglgelt unnd ain Gulbein Schreibgelt haben.

Zum Sechſten, wo etwa Irſal oder Spenn zwiſchen den Nachpauren entſteen, wellen unnſer oberkaiten nit haben, das Sy ſich vertragen on Jr wißen unnd willen, unnd wellen die darumb ſtraffen, die ſolich Fried unnd ainigkait machen, unnd wellen auch nur die Pueßen ſelbs außſprechen, unnd nit die geſwornen darumb erkennen laßen. So wir beſwert ſein, ſlagen Sy unns das Recht für, das dann der Arm man umb aine klaine ſach nit verpringen mag, unnd mueß ſich alſo gedulden.

Zum Sibenden ſol kain Richter oder Gerichtſchreiber kain prokurey aufnemen, noch wein ſchenckhen, damit die händdl gefurtert unnd der arm man nit beſwert werd.

Zum achten iſt der fugger (von Augsburg), auch annderer Geſellſchafften unnd fürkauffer halben ainer Erſamen Lanndſchafft offtmals verhaißen, unnd zuegeſagt worden, abſtellung derſelben zu thuen, Das aber auff heutigen tag noch nit erlegt unnd abgeſtelt worden, Iſt unnſer demuetig begern, das ſolichs noch abgeſtelt werde, dann wir des in groß verderben komen ſein, unnd wird dem gemain man ſein gewer durch Sy nider gelegt, verteurt unnd geſmelert, Alſo daß die pfenwert dermaßen dardurch aufflagen, das etwa ain waar, die vor Zeiten achtzehen Kreützer golten hat, yetz umb ain gueten Perner gekaufft mueß werden, welcher beſwerungen vil mer antzaigt möchten werden, die umb kurz willen hieryn unnderlaſſen ſind.

Zum Neunten Pitten wir unnderthenigklich, E. f. D. welln unns hinfüran mit den vorſtknechten nit mer alſo beladen unnd Überſetzen, dann wir von jnen vil beſwernus unnd verſagung gedulden haben mueſſen. Dartzue auch unns das Gefögl, wild unnd flieſſende waſſer Zimblicher weiſe frey laſſen, wie dann auff manigem Lanndtag genuegſamlich antzaigt unnd begert iſt worden, unnd das wir hinfüran ainicher ausgaben dem vorſtmaiſter von den Richtſtetten zu thuen entladen werden. Dann von wegen des Rotwilds halben, das wir daſſelbig ab unnſern Grünndten durffen auffjagen unnd vertreiben, dardurch es unns nit alſo verderblich ſcheden zuefueg, als vor Zeiten geſchehen iſt, unnd ob alſo ains durch vall oder in annder weg am außjagen ſchadhafft wurd, unns darumb der Straffen zu euntladen, an leib unnd guet unnd in geld gefreidt.

Zum Zehenten von wegen der wein zu Trienndt, das dieſelbe Straßen unverſpert ſeien, unnd mans laß herauß fuern, dann die Triennbtner mueſſen mit unns Raiſen, Stewrn heben unnd legen.

Zum Elfften, das E. f. D. Regiment Phlegern unnd Oberkaiten in diſem Lannd mit gueten Erbaren verſtenndigen verunglichen Lanndleüten beſetzt werden.

Zum Zwölfften von alter iſt herkomen, das Stett unnd Gericht ſich in Lanndtagen Iren notturfften mit einannder unnderredt haben, Das aber umb ain Zeit her abgeſtelt iſt, Pitten wir, das wider gehalten werd, wie von alters unnd das ain armer Gerichtsman ſein notturfft, darumb er geſanndt iſt, auch genuegſamlich fürbringen mug.

Zum Dreyzehenten iſt das Artzſtar neulich zeit umb vil größer gemacht worden, weder das alt vor geweſen iſt, mit vertröſtung, das beſter pas zu bezalen, das aber nicht beſchicht, ſonnder yetz weniger weder vorher gilt, das dann demſelben perckhwerch zu merklichem abfal, unnd denen Gewerckhen zu groſſen Schaden Raicht, Pitten deshalben unnderthenigklich, das dem New ſtär abthan, unnd das alt ſtär wie vor von alter gebraucht werde.

Zum Vierzehenten ſind wir beſwert, das wir auf ain Jar zwir ab ainem Stuckh zehennden ſolen, das doch unpillich iſt, es ſind auch etwa vil hew zehennden beſwert.

Zum Fünffzehenten beſwern wir unns des weglons zu Ynnsprugk, unnd anderen newer ungewonlichen Zoll, die wider alts herkomen entſtannden ſind, ſonnderlich das ain Lanndman zu Rattenberg von ainem vaß wein 4 ph. pr. (i. e. 4 Pfund perner = 48 kr. R. W.), ſo der auslennder nur 4 kr. gibt, der mit E. f. D., noch gemainer lanndſchafft gannz kain mitleiden tragt, unnd nit mit dem allein, ſonndern mit dem vich Zoll unnd anndern Sachen dergleichen, Das unns dann in annder Zöllen auch beſchicht, darauß ervolgt Teurung unnd beſwerlichaiten.

Zum Sechszehenten das wir in Lanndtegen umb die Abſchid yetzo zwen gulden geben mueſſen, die vor Zeiten nur zwey Phunndt perner golten haben.

Zum Sibzehenten. Der Reiter halben, das Sy unns mit den Pherten unnſern grunndt unnd ägker, die hie zu Lannd vaſt Smal ſind, verderben mit dem paiſſen unnd anndern unnötigen Sachen, Das nit geliten kan werden.

Zum Achtzehenten. Nachdem in diſer unnſer verſamblung durch

etlich muetwillig leüt, der vil, unnd nit zu beschaiden sind, ain wagen zu Hall angriffen ist worden, das dem merern tail nit lieb, sonnder vast wider ist, deßhalben welln wir müglichen vleiß ankern, Das aller Zeug wider geanntwurt werd, Begern auch, das unns die oberkaiten, darunnder solhe erfragt werden, beystenndig unnd darob sein, damit solhe muetwilligen das guet wider geben.

Zum Neundtzehenten. Das yede Herrschafft Jr vleißig auffsehen hab auff die übelthäter, damit Sy gestrafft werden, unnd derselben umb der unkostung willen nit verschonen, Auch kain haußhebiger angesessner man umb Erlich sachen angenomen unnd mit veungknus beladen werd, sonnderlich so er purgschafft het.

Es wärn noch vil mer beswernussen, darynn ain Stab oder oblay mer dann das annder hat, anzubringen, die wir von kurz wegen für E. f. D. zu brinngen unnd damit zu helligen unndertheniglich unnderlassen.

Hierauff pittn wir E. f. D. mit aller unndertheniglkait, die welln als unnser gnedigister Herr unnd Lanndtsfurst unns allennthalben gnedigisten wendung thuen.

Herwiderumb sol sich E. f. D. alles gueten unnd gehorsamigsten willigkait zu unns allen in gemain unnd yedem sonnderlechen versehen unnd enntlich verlassen.

Wellen zu derselben als unnserm von Got Recht verordennten Herren unnd Lanndtsfursten setzen unnser leib, Ere unnd guet, unnd dieselbig E. f. D. in kainen nöten oder anndern gemains Lannds anligen nit verlassen, sonnder nach allem unnserm vermugen getrewe hilff unnd beystannd als die unnderthanen beweisen, des sol sich E. f. D. genntzlich unnd tröstlich zu unns versehen mit unndertheniglster Pit, ob Jcht durch den gemain posl unnder unns unpillichs geschehen wär, unns dasselbig gnedigklich zu verzeihen.

Unnd bevelhen unns hiemit all E. f. D. als unnserm gnedigisten Herrn unnd Lanndtsfurst.

Anhang B.

Pawrschafft an der etsch beswer Artickl.

Vermerckht die Artickl durch die Pawrschafft fürgenomen, am montag nach dem Sonntage Cantate Anno XXV.

Erstlichen kain Zinnß Ausserhalb des Fursten, es sey voztes, Robaten, weysaten, sol alles ab, unnd nyemannbt weiter nicht schuldig sein, es sey dem Fursten, unnd nyemannbt ausgenomen, Alle versatzung zinnß sollen sich abdienen nach Rat unnd nach der zeit unnd lenge der Jar ainer Inngenomen hat.

Alle, die halben wein geben, sol der voraus, so darauff verschriben sein, füran ab sein, es sey dem Fursten oder anndern, doch dem Fursten ain Zinnß noch pillich.

Alle grunndtzinnß, Ausserhalb des Lanndtsfursten, so die gueter nit ertragen mugen, sol zimbliche einsehung than werden, es sey dem Lanndtsfursten oder anndern.

Alle Zinnß, so die Clöster, widem, unnd anndere orden eingenomen haben, es sey im Lannd oder ausserhalb des Launds, sollen alle tod unnd ab sein, unnd sol ain gemain gewalt haben, ainen Amptman zu setzen, diselben Zinnß einzunemen, unnd alle Jar Raittung zu thuen, unnd wo im Lannd not auskäm, sol man dem Fursten hilff davon thuen unnd dieselben Zinnß sollen nach gelegenhait der gueter gestelt unnd eingesehen werden, was pillich ist.

Aufzug unnd Abzug, sol ain pawman den grunndtherrn ain Erung thuen mit ainem phunndt pheffer, wie von alter her.

Zuelaßgelt im Lannd sol tod unnd absein.

Korn Zehennd sol ain gemain Einnemen, ain pharrer davon zu unnderhalten, all annder Zehennd sollen absein.

Auch das ain yede pharr Iren pharrer zu setzen unnd zu enntsetzen gewalt haben.

Kain Vikari sol mer gehalten werden.

Ausserhalb des Lanndtsfursten Zöll sol nyemannbt kain Zoll schuldig sein, Wo man aber Ins Fursten Zoll beswerung hiet, sol auch eingesehen werden.

Es sol auch kain wisplzinnß, es sey dem Fursten oder aundern gegeben werden, unnd die schaltjar.

Auch wo marckhts Recht steen, sollen tod unnd absein, unnd das geding gelt zu den schaltjarn sol auch absein.

Der Peen halben, was Redlich sach ist, kain gesessen man, der sich zu Ern unnd Recht peut, venngklichen annemen, Sonnder das Recht sol zu jm gesuecht werden.

Es sollen auch Edl, unedl, gaistlich oder weltlich, vor dem gemainen Richter, da sich der Hanndl erhebt, oder

hab unnd guet leit, ſchuldig ſein, Red unnd anntwurt zu geben.

Alle waydeney, tier, vögel, viſch ſollen frey ſein.

Item, das man kain Übermaß in Ämbtern, oder anndern, den Lanndtsfurſten oder anndern, Sonnder allweg pey dem maß, wie in Stettn oder märckhtn gehalten worden, beleiben.

Item des Zols halben in Ulten, damit wir bisher beſwert geweſen, unnd von Tauſennt Zweyhunndert unnd von fünffhunndert Ainhunndert geben haben mueſſen, begern wir, das ſolhs ab, auch annder Holtz Zol darinn allenthalben beſwert haben.

Item alle todfel, geding unnd umphachgelt, damit wir bisher beſwert geweſen, ſollen gar ab, unnd nyemanndt nicht zu geben ſchuldig ſein.

Item der Trienndtner wein halben, damit wir bisher überladen geweſen, begern wir, das derſelben kainer mer durch das Lannd gefuert werde, Sonnder ab ſein ſol, mitſambt anndern welſchen weinen.

Vorbehalten, was noch bedacht wirdet, hinfüro antzutzaigen.

X.

Die Waſſerrechts-Lehre*).

Vom Herrn Dr. L. Stein, ord. öff. Profeſſor der Rechte in Wien.

Das Waſſerrecht gehört zu denjenigen Theilen des Rechtes, die in letzter Zeit ſowohl in der Literatur als in der Geſetzgebung eine ſehr lebhafte Entwicklung zeigen. Die große Bedeutung des Gegenſtandes iſt wohl von Niemandem bezweifelt. Die Geſetzgebung über das Waſſerrecht, mit beſtimmten einzelnen Fragen und Verhältniſſen beſchäftigt hat dieſelben mehr oder weniger glücklich erledigt, und zum Theil bedeutende Werke erzeugt. Dagegen läßt es ſich kaum beſtreiten, daß die Literatur des Waſſerrechts zwar des Umfanges, nicht aber des Kerns der Sache Herrin geworden iſt. Von einer ſyſtematiſchen, oder gar organiſchen Auffaſſung des Gegenſtandes iſt noch immer keine Rede. Die einen, wie Glaß und Lette, ſchwiegen ganz einfach über die Frage nach dem Syſtem dieſes ſo wichtigen Rechtsgebietes, und ordnen den Stoff mit mehr oder weniger Glück, je nachdem er ihnen dieſe oder jene Richtung annimmt. Die andern ſind aufrichtig genug zu ſagen, daß ſie bei voller Beherrſchung der Materie, das Ganze des Gegenſtandes nicht beherrſchen. So beginnt Herr Nieberding, vor deſſen Darſtellung und Behandlung im Einzelnen wir nicht umhin können, ſchon hier unſere volle Achtung auszuſprechen, ſeine Vorrede mit dem eigenthümlichen Satz: Die Rechtsverhältniſſe, welche das Element des Waſſers in ſeinen verſchiedenen Beziehungen zu den wirthſchaftlichen

*) Vergl. Arn. Nieberding: Waſſerrecht und Waſſerpolizei im preußiſchen Staate. Breslau, Korn 1866, wodurch der Verf. zu der nachſtehenden Betrachtung veranlaßt wurde.

Bedürfnissen beherrschen, werden mit einander durch kein streng logisches und rechtliches Band verknüpft. Nach ihrer Bestimmung und ihrem Inhalte sind einige in das private Vermögensrecht verwiesen, während andere dem öffentlichen Verwaltungsrecht angehören, beider Seits durch ein weites Gebiet" (durch welches Gebiet denn?) „und eine scharfe Gränze geschieden. Die innere Verbindung, welche ihm über diese Scheidewand hinweg in gewißem Grade gleichwohl verbleibt, beruht lediglich in dem Elemente, auf dem ihre Normen sich berühren." Es ist wohl unnöthig, die völlige Unfertigkeit einer solchen Auffassung genauer zu untersuchen — als ob es zwischen dem privaten Vermögensrecht und dem öffentlichen Verwaltungsrecht keine andere Verbindung gäbe, als das Element des Wassers! Doch wir wollen wegen solcher, überhaupt ja nur der Einleitung dienenden allgemeinen Phrasen nicht mit dem geehrten Herrn Verf. richten. Daß er auch ohne „streng logisches und rechtliches Band" die Theile gut behandelt, und einer von denjenigen Gelehrten ist, die uns an einem bestimmten Fall zeigen wie weit man gelangt auch ohne jenes geistige Band zu haben, wird jeder Leser seines Buches bald erkennen. Aber um so mehr ist es uns nicht thunlich geworden, hier bei einer bloßen Kritik dieses Werkes stehen zu bleiben, denn selbst unser Verf. gerieth nach wenigen Zeilen in die Lage, in fast komischem Widerspruch mit seinem Eingang, hinzuzufügen, daß „eine Darstellung, welche in Praxis zur Hand sein soll, und doch deren Gefahren (?) vermeiden soll, sieht sich deßhalb sehr bald trotz jener Scheidung auf eine Behandlung in streng systematischen Formen hingewiesen" — bei einem Gegenstande, dessen Verhältnisse durch „kein strenges logisches und rechtliches Band verknüpft sind". In der That, wenn das erstere nothwendig und das zweite der Fall ist, wie wird dann eigentlich einem Manne des Wasserrechts zu helfen sein?

Und doch ist es der Mühe werth, die Frage zu erörtern. Nicht etwa bloß darum, weil auch in geistigen Arbeiten der Guß und die Grundlinien des Ganzen ihren, sogar interpretativen Werth für das Einzelne haben, wie jedermann weiß, sondern weil das Wasserrecht einen der interessantesten und gerade jetzt praktisch wichtigsten Beweise dafür liefert, daß uns in unserer Rechtswissenschaft ein ganzes Gebiet fehlt, dessen Eroberung und Verständniß nicht bloß die Bedingung für die organische Gestalt vieler einzelner Theile des Rechtslebens bilden, sondern den man geradezu als den wichtigsten Theil, das eigentliche Haupt der Rechtswissenschaft ansehen muß. Wir meinen das Verwaltungsrecht. Ein Theil dieses Verwaltungsrechts ist

das Wasserrecht. Die Unklarheit über Begriff, System und Inhalt des letzteren reduzirt sich in den überwiegend meisten Fällen auf die Unkenntniß nicht etwa jenes Begriffes des Verwaltungsrechts, sondern des inneren und organischen Verhältnisses desselben zum bürgerlichen Rechte. Die Zeit ist wohl vorüber, wo man die Verwaltung nur als „Polizei", die Verwaltungslehre als eine Variante der Polizeiwissenschaft betrachtete, und nicht sah, daß die Verwaltung auf dem Verständniß der großen Kräfte des Gesammtlebens in ihrer natürlichen Function beruht, während die „Polizeilehre" nur allerlei Hausmittel für die Thätigkeit der Regierungsorgane darbot. Doch ist es hier nicht der Ort, darüber eingehend zu reden. Es möge uns genügen, statt dessen an dem Beispiele des Wasserrechts zu zeigen, welche Stellung die Verwaltungslehre zu dem bürgerlichen Recht überhaupt, speziell aber zu der Rechtsgeschichte und dem System desselben einnimmt, oder doch, wie wir hoffen, bald einzunehmen berufen sein wird.

Nur muß man uns gestatten, dabei ohne in weitläuftige Discussion einzugehen, ein paar Worte über den Begriff und den Inhalt desjenigen zu sagen, was wir das Wasserrecht nennen. Es wird das dazu beitragen, den Begriff und die Function des Rechts und damit der Rechtswissenschaft überhaupt in etwas zu klären.

Offenbar wäre es ein Unding zu sagen, daß das Wasser an sich ein „Recht" habe. Aber es ist auch ein Unding zu sagen, daß das „Wasserrecht" durch die Beziehung des Wassers zu einem *einzelnen* Menschen entsteht. Mag er es trinken oder darin ertrinken, mag es ihm seinen Acker wegreißen oder ihn befruchten — für ihn als Einzelnen ist und bleibt das Wasser eine natürliche Thatsache und nichts anders. Zwischen Mensch und Natur *gibt es überhaupt kein Recht*. Das organische Verhältniß, das *Leben*, zwischen Menschen und Natur wird durch ein ganz anderes Gebiet von Gesetzen geregelt, als durch das Rechtgesetz. Dies Gebiet ist vielmehr das des *Güterlebens*. Hier treten die Gesetze der Production, Consumtion und Reproduction ein; es ist ein selbständiges Leben, das sich uns hier entwickelt, und das uns in seinem mächtigen Organismus und seinen ewigen Grundlagen von der Nationalökonomie dargestellt wird. Daher muß man zuerst mit der Frage beginnen, bei welchem Punkte denn überhaupt ein Wasser*recht* entsteht? Denn die Dynamik und Statik des Wassers und seine productiven und consumtiven Qualitäten bilden, die erstere einen Theil der Naturlehre, die andere einen Theil der Güterlehre. Wo fängt denn dann das *Recht* für das Wasser an? — Und offenbar ist das,

wobei es anfängt, darum so wichtig, weil dieser Anfangspunkt denn doch am Ende hier wie in allen Dingen gleichsam im Keime alle übrigen Theile des Wasserrechts enthält. Es kann gar keinen Theil des letztern geben, der nicht in Begriff und Princip schon virtuell in diesem Keime läge. Und unsere geehrten Leser mögen uns verstatten, dies hier im Wasserrecht zu zeigen, weil am Ende genau dasselbe Verhältniß bei allen menschlichen Dingen eintritt. Denn genau in derselben Weise sprechen wir von einem Sanitäts-, einem Feuer-, einem Unterrichts-, einem Credit-, einem Land- und Forstwirthschafts-Recht, obgleich wir alle wissen, daß Feuer und Wasser, Gesundheit und Unterricht, Credit und Bodenkultur und anderes an sich mit dem Recht gar nichts zu thun haben, sondern nur theils als natürliche Thatsachen, theils als Elemente der Volkswirthschaft auftreten. Woher kommt denn das Recht, und was kann es für diese Dinge enthalten?

Es ist nun kein Zweifel, daß von einem Rechte hier wie immer erst dann die Rede sein kann, wenn es sich in Beziehung auf diese Dinge nicht mehr um ein einzelnes Individuum, und auch nicht um die Gemeinschaft derselben im volkswirthschaftlichen Sinne, sondern um die Aufstellung der Gränze zwischen zwei Individuen im Verhältniß zu dem bestimmten Objecte handelt. Was immer man sich ethisch unter dem Recht denken mag, das ist gewiß, daß die praktische Erscheinung des Rechts in der Bestimmung dieser Gränze für das Verhalten einer Mehrheit zu dem (Rechts-) Objecte besteht. Dies Verhalten selbst wird daher zur — sagen wir nur zuerst factischen — Quelle des Rechts und seines Systems. Und hier ergeben sich sofort die beiden großen Gruppen auch des Wasserrechts, indem man jenes „Verhalten" in seine Grundformen auflöst.

Dabei ist von folgendem obersten Grundsatze aller Rechtsbildung auszugehen, der das gesammte, hier nicht darzustellende Gebiet der Fragen über Volkswirthschaft und Recht in ihrem Verhältniß zu einander beherrscht: Kein natürliches Object kann Gegengenstand des Rechts werden, das nicht dem wirthschaftlichen Leben einer Persönlichkeit angehört.

Da nun die Persönlichkeit selbst im wirklichen Leben zwei Grundformen hat, die wir hier nicht weiter entwickeln können, so ergibt sich, daß diese beiden Grundformen auch zwei Grundformen des Rechts überhaupt, speziell also auch des Wasserrechts, entsprechen werden. Und auf diese beiden Grundformen müssen alle Rechtsfragen und Verhältnisse nothwendig zurückgeführt werden.

Die beiden Grundformen der Persönlichkeit sind nun die einzelne Persönlichkeit, das Individuum, und die höhere Form, die Gemeinschaft als Individuum oder der Staat. Das Recht nun, welches sich in dem gegenseitigen Verhalten, den Lebensbeziehungen, oder kurz der äußerlichen, durch Handlungen und Thätigkeiten manifestirten Gegenseitigkeit der Individuen ergänzt, und die Gränze ihrer beiderseitigen Selbständigkeit feststellt, nennen wir kurz das bürgerliche Recht. Das Recht dagegen, welches zwischen der allgemeinen Persönlichkeit des Staats und der individuellen der Einzelnen in ihrem organischen Zusammenleben diese Gränze der Selbständigkeit beider ergibt, nennen wir kurz das öffentliche Recht.

Damit sind nun die beiden großen Grundlagen auch des Wasserrechts gegeben. Nach dem obigen Princip nämlich entsteht das bürgerliche Wasserrecht als das Recht der Individuen für dasjenige Wasser und diejenigen Verhältnisse desselben, welche die Frage betreffen, ob und in wie weit das Wasser dem wirthschaftlichen Leben der Einen oder der Andern Persönlichkeit angehört. Das öffentliche Wasserrecht dagegen entsteht durch das Verhalten des Wassers zum Leben den Gesammtheit, und zwar bestimmt es nicht etwa die Natur und der Werth des Wassers in dieser Beziehung an sich, die wieder durch Physik, Medizin und Volkswirthschaft gelehrt werden, sondern vielmehr enthält das öffentliche Wasserrecht die Gesammtheit der Pflichten und Beschränkungen des Einzelnen und seines bürgerlichen Rechts, insofern diese Pflichten und Beschränkungen gerade durch jenes Verhältniß des Wassers zum Gesammtleben bedingt erscheine. Ein anderes Wasserrecht, einen andern Inhalt desselben gibt es nicht und kann es nicht geben.

An diesen leitenden Gedanken schließt sich nun auch das System des Wasserrechts, und zwar nur immer in der Weise, daß nicht etwa das Recht, sondern daß die Gegenstände desselben dies System bilden.

Das erste Gebiet des Wasserrechts: Der Wasserschutz und seine Rechtsordnung.

Ohne allen Zweifel ist das Wasser zuerst nur eine rein elementare Kraft, gegen deren Gefahr sich die Gemeinschaft zu schützen hat. Die Gesammtheit von Pflichten und Beschränkungen demnach, welche die Abwendung der Wassergefahr zur Aufgabe haben, sind durch die letztere gegeben; sie unterscheiden sich wesentlich von allen andern und bilden damit den ersten Theil des öffentlichen Wasserrechts.

Des Rechts? — Empfängt denn hier das Wasser ein Recht, indem ich diese Baue oder Röhren anlege? — Gewiß nicht. Sondern hier besteht das Recht nur in denjenigen wirthschaftlichen Verpflichtungen, welche der Einzelne gegen das gefährliche oder für das nützliche Wasser als ein Element der Gesammtgefahr oder des Gesammtwohls übernehmen muß. Das Wasserrecht ist vielmehr das öffentliche Recht des Staats als Persönlichkeit gegen den Einzelnen als Persönlichkeit, um der Wassersgefahr willen von dem letztern etwas zu fordern. Die Natur des Wassers erzeugt daher ein Recht zwischen Staat und Einzelnen. Aber es ist nur in diesem Theile noch seine elementare Natur, die dies fordert. Noch ist das Wasser weder eine Sache, noch auch ein Productionsmittel. Denn die wilde, wüthende See ist keine Sache, und das Glas Wasser, das ich trinke, kein Element der Production. Es ist die Natur selbst, der ich gegenüber stehe. Das Recht des Wassers wird dabei nur noch erzeugt durch die natürliche Substanz und Bewegung dieses Elements, aber nicht für dasselbe; denn wenn fünfzig Meilen vom Seestrande die Execution wegen nicht bezahlten Deichlast angeordnet und Crida deßhalb erklärt wird, so ist die Feilbietung ein Stück Wasserrecht, und wahrlich nicht der Octobersturm, der um die Küsten der Nordsee heult und Land und Leute sammt dem Cridatar vernichten würde, wenn nicht solche Feilbietung Rechtens, und speziell „Wasserrechtens" wäre. Oder, um unsere frühere Bezeichnung wieder aufzunehmen, das „Angehören an das wirthschaftliche Leben" besteht in der Gefahr, die es demselben bringt, der Gefahr, die im organischen Begriffe des Gutes als natürliche Consumtion erscheint. Diese Gefahr ist ewig; das daraus entstehende „Wasserrecht" wird aber erst dann gebildet, wenn sein Träger, die persönliche Gesammtheit weit genug entwickelt ist, um die wirthschaftlichen Gesammtinteressen als ihre persönliche Aufgabe wirklich zu betrachten und vollziehen. So lange der Friese und Niederländer noch sich individuell gegen das Wasser schützt, indem er an der flachen Küste sich einen kleinen Hügel zusammenkarrt und darauf sein Haus baut und sein Gethier einsperrt, wenn die Fluth steigt, wie sie es ja noch jetzt auf den Halligen der Nordsee an den Küsten Schleswig-Holsteins thun, so lange giebt es noch kein „Wasserschutzrecht". Erst wenn die Strandbewohner zusammentreten und den „Deichgrafen" wählen, und ihm das Recht geben in das Haus des Marschbauern mit Gewalt einzudringen und ihm das Bettuch aus dem Bette zu nehmen, um es mit Erde auszufüllen und in die „Rinnen" zu werfen, die die Fluth in die Kämme

des Deichs gerissen, erst dann, in dieser Berührung zwischen Gemeinschaft und Individuum um des Wassers willen, liegt das „Wasserrecht"; und dieses Wasserrecht sagt nicht, wie er das gefüllte Tuch in dem von der Sturmfluth unterwühlten Reich hineinlegen solle, damit es standhalte, sondern es sagt nur, daß er nicht das Recht hat, auch noch das Korn mitzunehmen, oder das Geld, sondern eben nur das „Laken". Denn das Recht bestimmt nur die Gränze zwischen einzelnen Persönlichkeiten, nicht die Aufgabe oder Form ihrer Thätigkeit. Und damit ist denn aber auch für diesen Theil dasjenige gegeben, was wir die Geschichte des Wasserschutzrechts nennen. Offenbar nämlich wird dasjenige, was die Gemeinschaft von dem Einzelnen vermöge jener Wassergefahr fordern darf und muß, nicht willkührlich bestimmt. Man wird vielmehr unzweifelhaft die Anforderungen nach Maaßgabe dessen stellen, was die Technik lehrt; man wird anderseits die Vertheilung der Lasten in dem Grade allgemeiner machen, in welchem die Gemeinsamkeit mehr Nutzen davon hat; man wird endlich in der Gleichartigkeit der technischen Arbeiten und mithin in ihrer Oberleitung durch eine eigene technische Behörde einen Werth finden, und so wird das Wasserbauwesen entstehen. Das alles ist in beständigem Werden. Warum hat Herr Nieberding bei seiner übrigens gründlichen Zusammenstellung gar kein historisches Element hineingebracht? (Abschn. IV. §§. 63, 64, 70.) Und warum hat er neben Deichverbänden nicht auch etwas vom Wasserbauwesen, speziell vom Verhältniß des seit 1851 neu organisirten Technischen Bau-Deputation in Berlin, ihrem Verhältniß zu den Deichbauten, und ihren günstigen oder nicht günstigen Einfluß, oder doch wenigstens ihrem Competenz-Verhältniß bei den Bauten gesagt? Denn was wir aus Rönne's Preuß. Staatsr. II. §. 228 erfahren, hat uns nicht genügt. Das ist ein Mangel bei unserm Verf., der sonst gerade die Competenzen sehr gut hervorhebt und darstellt.

Würden wir nun diesen ersten Theil des Wasserwesens theoretisch als Theil des Wasserrechts zusammenfassen, so würden wir sagen: Das Wasser ist zuerst ein reines Element, die Aufgabe der Verwaltung ist es, die elementaren Kräfte desselben so weit zu beschränken, als sie der Wohlfahrt drohen; das ist das Princip des elementaren Wasserwesens. Die Ordnung dieses Wasserwesens ist die technische Bestimmung derjenigen Maaßregeln und Einrichtungen, welche diesem Zwecke entsprechen, und wir fassen dieselbe zusammen als das Wasserbauwesen. Das elementare Wasserrecht dagegen besteht in der Be-

stimmung derjenigen Leistungen des Einzelnen für die Aufgaben des Wasserbauwesens, welche allein von Einzelnen und nicht mehr vom Staat als Ganzes hergestellt werden können. Es ist bezeichnend, daß dieser Theil überhaupt nicht in den Codificationen vorkommt, etwa mit Ausnahme des A. L. Rechts, das ja überhaupt zum großen Theil Verwaltungsrecht ist. Doch davon an einem andern Orte.

Das zweite Gebiet des öffentlichen Wasserrechts: Die Wasserverwaltung und ihr Recht.

Einen ganz andern Character hat der zweite Theil des Wasserwesens. Hier greifen schon, statt der rein natürlichen, vielmehr die großen historischen Elemente des Lebens hinein, und hier ist daher auch in der Theorie die Verwirrung am größten.

Das Wasser ist nämlich zweitens ein großes allgemeines und unbedingt wichtiges Element des Gesammtlebens. Es ist in Substanz, Qualität und Vertheilung eine allgemeine Bedingung des letztern. Als solche ist es, wie jede allgemeine Bedingung, ein Object für die Thätigkeit der Verwaltung; und hier beginnt daher das, was wir die eigentliche Wasserverwaltung nennen können.

Die Aufgabe und Thätigkeit dieser Wasserverwaltung enthält nun noch an sich kein Recht, sondern höchstens eine öffentliche Ordnung. Das Recht der Wasserverwaltung entsteht hier wie immer erst dadurch, daß die Sphäre des Einzellebens mit dem Wasser in Verbindung kommt, und mithin die Gränze zwischen dem Einzelnen und der Gesammtheit in Beziehung auf das Wasser und seine Benützung festgestellt werden muß. Die Wasserverwaltung erzeugt daher durch ihre Berührung mit dem Einzelnen das eigentliche oder öffentliche Wasserrecht.

Offenbar nun wird dies öffentliche Wasserrecht auf diese Weise in diejenigen Theile zerfallen, welche sich als die Grundformen der Beziehungen des Einzelnen zum Wasser als Bedingung des Gesammtlebens ergeben. Diese aber sind zweifach.

Diese beiden Grundformen entstehen dadurch, daß das Wasser auch begränzte Substanz, und als solche Gegenstand des Eigenthums des Einzelnen sein kann, während es zugleich als an sich unbegränzte Substanz dem Gesammtleben angehört. Es ist daher nothwendig, hier eine Gränze aufzustellen, innerhalb deren das Wasser Privat-Eigenthum sein kann. Ist diese Gränze bestimmt, so erscheint gleichsam alles Wasser in zwei große Theile getheilt. Der eine Theil enthält das Wasser

als Privat-Eigenthum und macht es zur Sache, so daß für diesen Theil das allgemeine Sachenrecht auch für das Wasser, wie für Erde und Stein, Holz und Metall ꝛc. gilt. Es ist klar, daß das Wasser in dieser Beziehung wiederum kein besonderes Recht enthält und daß ein besonderes Privatrecht des Wassers ebensowenig existirt, als ein Privatrecht von Erde und Steinen. Es ist daher falsch, wenn man von einem Privatrecht des Wassers redet. Es giebt in der That nur ein öffentliches Wasserrecht, und diesen Satz hat auch Nieberding in seiner übrigens im Detail sehr gut bearbeiteten Abhandlung nicht deutlich genug erkannt, sonst würden seine §§. 14—17 wohl etwas anders und klarer ausgefallen sein. Wir machen ihm aber keinen großen Vorwurf daraus, denn die eigenthümliche Geschichte des Wasserrechts und das unverstandene Verhältniß zum Römischen Rechte erklären uns den ganzen Standpunkt dieser Theorien hinreichend, wie wir sogleich sehen werden.

Wenn also das Wasser, so wie es einmal als Eigenthum anerkannt ist, kein (besonderes) Wasserrecht mehr hat und haben kann, so muß das — wirkliche und eigentliche — Wasserrecht seinem Inhalte nach es eben nur mit dem Wasser als der allgemeinen Bedingung des Gesammtlebens zu thun haben. Und dies nun ist zuerst dadurch der Fall, daß das Recht die Gränze zieht, innerhalb deren überhaupt das Wasser Gegenstand des Eigenthums sein und nicht sein kann. Die Bestimmung dieser Gränze hat man, sie von dem andern Theile trennend, wohl als das eigentliche Wasserrecht bezeichnet. Am Worte liegt allerdings nichts, wenn man nur die Sache klar versteht. Zweitens aber ist das der Fall, indem und in so weit die Verwaltung das auf diese Weise als öffentliches Eigenthum erklärte Wasser durch ihre Thätigkeit für die Bedürfnisse des Gesammtlebens ordnet. Wir nennen, wie wir glauben, ganz sachgemäß den ersten dieser Theile das öffentliche Eigenthumsrecht, den zweiten das (öffentliche) Verwaltungsrecht des Wassers. Nach diesen beiden Gesichtspunkten werden wir das Folgende ordnen.

Das Wassereigenthumsrecht an sich.

Was nun zuerst das öffentliche Eigenthumsrecht des Wassers betrifft, so scheidet es sich leicht vom Verwaltungsrecht. Es ergibt sich nämlich, daß so wie einmal das Wasser und so weit dasselbe nicht mehr Gegenstand des Privateigenthums und somit des Privatrechts

sein kann, die ordnende Thätigkeit des Staats damit nicht aufhört. Nun hat man wohl diese ordnende Thätigkeit der Verwaltung des, der Gemeinschaft im Gegensatze zum Einzelnen angehörigen Wassers als „Wasserpolizei" bezeichnet. Allein Begriff und Wort sind zu eng; denn Polizei ist nur ein Schutz gegen gefahrdrohende Kräfte, nicht die Vertheilung und Ordnung derselben. Es wird denn doch niemand die Anlegung einer Wasserröhre eine „polizeiliche" Action, oder eine Wassersection in einem Gemeinderath ein „polizeiliches Organ", oder eine Entwässerungs-Actien-Gesellschaft einen „polizeilichen Verein" nennen. In der That, die Epoche, in der man Verwaltung und Polizei identificirte, ist überwunden. Wir werden daher auch der Polizei überweisen, was ihr angehört, und der Verwaltung, was das ihrige ist. Die Thätigkeit des Staats als Organ der Gesammtheit in Beziehung auf alles, dem Privateigenthum nicht angehörige Wasser ist daher in unseren Augen die eigentliche Wasserverwaltung, und das Recht für das Verhalten des Einzelnen zu diesem öffentlichen Wasser das öffentliche Wasserrecht. Man kann daher wohl am einfachsten sagen, daß die rechtliche Bestimmung über die Gränze zwischen dem öffentlichen Eigenthum und dem privaten am Wasser das öffentliche Eigenthumsrecht des Wassers, die rechtliche Bestimmung der Benützung des, auf diese Weise anerkannten öffentlichen Wassers das öffentliche Verwaltungsrecht des Wassers ist, dem dann, wie wir sehen werden, die Wasserpolizei als ein, namentlich in unserer Zeit untergeordnetes Moment angehört. Diese beide Kathegorien sind organische Verhältnisse und werden ihre Wahrheit und Berechtigung darin finden, daß sie in einfacher und lichtvoller Weise alle Rechtssätze und Fragen, welche sich auf das Wasserrecht beziehen, enthalten und systematisch ordnen.

Allerdings nur unter Einer Bedingung. Und hier kommen wir auf den so oft von uns ausgesprochenen Satz zurück, daß die Geschichte des Rechts niemals, also auch beim Wasser nicht, im Rechte selbst liegt sondern nur in den wirthschaftlichen und gesellschaftlichen Ordnungen, welche das innere Leben der Menschheit beherrschen. Wir wollen versuchen von diesem Standpunkte einen Blick auf das Wasserrecht zu werfen, und zwar zuerst auf das öffentliche Eigenthumsrecht des Wassers.

Um dies nun in allen seinen Punkten zu verstehen, muß man allerdings einen Schritt weiter gehen. In der That ist nämlich der Begriff des Eigenthums selbst kein einfacher, sondern es besteht ein jeder höherer Begriff aus einer Reihe von an sich selbständigen Momenten, welche jeder für sich, für den Begriff und die Anwendung des Rechts

zugänglich sind. Diese Momente sind die Sache für sich, der Besitz, der Gebrauch und der Werth derselben, welche erst zusammengenommen den organischen Begriff des Eigenthums ausmachen. Wie diese Momente bei jeder Sache erscheinen, so auch beim Wasser, und zwar im speziellen Sinne des öffentlichen Eigenthums desselben. In der That nämlich wissen wir, daß jedes dieser Momente an einer und derselben Sache einer andern Persönlichkeit gehören kann. Eben so ist es mit dem Wasser; und nur dadurch wird der Inhalt des öffentlichen Eigenthums am Wasser auch im Einzelnen verständlich.

Für die historische Entwicklung dieses öffentlichen Rechts des Wassers muß man nämlich sagen, daß diese Entwicklung wesentlich mit dem selbständigen Auftreten des Gebrauches des Wassers beginnt, und daß erst durch den Gebrauch des Wassers die Frage nach dem Eigenthum des Wassers überhaupt entstanden ist. So lange dieses nicht der Fall ist, giebt es im Grunde noch gar kein öffentliches Wasserrecht. Das vom Eigenthum am Wasser getrennte, selbständig gedachte, selbständig dastehende, und daher auch einem selbständigen Recht schon zur Zeit der Römer unterworfene Element des Gebrauches des Wassers ist die Substanz, das Object alles öffentlichen Wasserrechts. Das öffentliche Eigenthumsrecht am Wasser ist überhaupt gar kein Eigenthum am Wasser, sondern nur ein Eigenthum an dem Gebrauche desselben; die Gränze zwischen Privat- und öffentlichem Recht ist die zwischen der Privat- und öffentlichen Benützung; die Bestimmungen des öffentlichen Wasserrechts haben nur dann einen Sinn und werden nur dann verständlich, wenn man sie eben auf diesen Gebrauch bezieht; und es wird dadurch endlich auch klar, daß die Geschichte des Bedürfnisses nach diesem öffentlichen Gebrauch, so wie die der Fähigkeit, das Wasser auszunützen, die wahre Grundlage der Geschichte des öffentlichen Wasserrechts überhaupt ist. Hält man dies fest, so ist das öffentliche Wasserrecht etwas sehr einfaches und organisches; seine Theile und Bestimmungen ordnen sich fast von selbst, und es ist fast ohne alle Schwierigkeit Stellung und Inhalt der neuen so hochwichtigen Wassergesetzgebungen, ja sogar die eigentliche Aufgabe derselben und ihr Verhältniß zum Privatrecht gegeben.

Es kann nun zwar nicht die Absicht des Verf. sein, dies hier bis ins Einzelne auszuführen. Allein wir dürfen wiederholen, daß eine im Einzelnen so vortreffliche Arbeit wie die von Nieberding im Ganzen viel gewonnen, und den Blick ihrer Leser über den Kreis des noch zum Theil sehr unfertigen preußischen Wasserrechts erhoben haben würde,

wenn jener allgemeine Geſichtspunkt zur Geltung gelangt wäre. Wir ſind der Ueberzeugung, daß Theorie und Praxis hier noch keineswegs abgeſchloſſen ſind. Möge es uns daher geſtattet ſein, den Ausdruck der Achtung vor der Arbeit unſeres Hrn. Verf. mit der Darſtellung des, zugleich die Geſchichte umfaſſenden Syſtems des öffentlichen Waſſerrechts zu verbinden.

Das Römiſche Waſſerrecht. Die aqua profluens und die flumina publica.

In aller Geſchlechterordnung und ſo auch in der älteſten römiſchen ſteht das wirthſchaftliche Leben noch nicht hoch genug, um den Gebrauch des Waſſers von dem Eigenthum an demſelben zu unterſcheiden, da man noch keinen rechten Werth dieſes Gebrauches zu finden weiß. Das weſentliche und eigentliche Object des Eigenthums iſt in jeder Geſchlechterordnung der Grund und Boden; es dauert ſehr lange, bis ſich eine klare Vorſtellung vom Eigenthum an beweglichen Sachen herausbildet, und das letztere erſcheint dann auch noch gewöhnlich in einer eigenthümlich verclauſulirten und begränzten Form, wie die römiſchen res mancipi, die gar nichts anders ſind, als die erſten Objecte des von dem Geſammteigenthum am Grund und Boden ſich löſenden und ſelbſtändig hinſtellenden Einzeleigenthums. Die Folge iſt, daß alle Eigenthumsrechte als Conſequenzen des Eigenthums der Geſchlechter am Grund und Boden angeſehen werden; natürlich alſo auch das Eigenthum am Waſſer. Noch giebt es keine Mühlen, noch giebt es keine Gewerke, noch hat jeder Waſſer genug — wozu ein eigenes Recht des Waſſergebrauches? Die Quelle ſtrömt und der Regen fällt; noch hat keine Agricultur großen Werth auf künſtliche Leitungen gelegt; welches „Recht" kann alſo der natürliche Waſſerlauf haben? Offenbar, im Anfange gar keines.

Allmählig aber traten zwei neue Erſcheinungen auf. Zuerſt beginnt man ſelbſt auf den kleinen italieniſchen Flüſſen zu ſegeln. Der Waſſerlauf wird ein Communicationsmittel. Freilich iſt das Territorium des anfänglichen Roms noch auf geringe und unbedeutende Flüſſe beſchränkt. Als aber die große Ponbene erobert wird und Cäſar nach Gallien zieht, wird die Sache ernſthafter. Jetzt giebt es wirklich flumina. Es entſteht eine Benützung der Gemeinſchaft an dem Fluſſe. Wie weit erſtreckt ſich jetzt das Recht des Uferbeſitzes auf den Fluß, der durch ſein Gebiet geht? Ein Geſetz, eine Verordnung, eine Jurisdiction giebt es nicht. Dennoch muß der Praetor oder der delegirte Kreisrichter

Recht sprechen. Das alte, gegen den Gebrauch des Wassers überhaupt noch gleichgültige Geschlechtsrecht hatte kein ausreichendes Princip. Mit dem Begriff des Privateigenthums war nicht auszukommen. Hatten die XII. Tab. schon einen Grundsatz darüber, wie über das Wegewesen? Wir wissen es nicht. Wir sehen nur die römische Jurisprudenz auf die Quelle ihrer gesammten Rechtsbildung zurückgreifen, und mit ihrem wunderbaren Tact das Richtige treffen, wenn auch unvollständig. Sie sieht Wasser, welches seiner „Natur" nach durch den Einzelgebrauch nicht benützt werden kann. Es ist ein Unding, ein Privateigenthum an etwas aufzustellen, was unfähig ist, durch Privatgebrauch ausgenützt zu werden. Es ist kein Zweifel, daß mithin das Privateigenthum auch da aufhöre, wo der allgemeine Gebrauch naturgemäß eintritt. Das nun ist der Fall, wenn das Wasser fließt. Das Fließen des Wassers ist daher ein Moment, welches durch seinen Einfluß auf den Gebrauch über das Eigenthum, das naturgemäß ohne Gebrauch gar nicht gedacht werden kann, entscheidet. Der allgemeine Gebrauch erzeugt daher das allgemeine Eigenthum, wie das besondere Eigenthum den besondern Gebrauch. Freilich, in streng civilistischer Schule erzogen, alles auf privatrechtliche Formen zurückführend, und weder den wirthschaftlichen Begriff des Gebrauches, noch den des Wassers kennend, wagen sie nicht recht den Begriff des „Eigenthums" an das fließende Wasser anzulegen. Sie drücken sich daher, mit vorsichtiger Umgehung des bestimmten Ausdruckes, allgemein aus — naturali jure omnium communio sunt haec: aer, aqua profluens, mare, et per hoc litora maris" (l. 2. D. Dionis. I. 8.) Das war der Ausgangspunkt. Das fließende Wasser ist allgemeines Eigenthum; der Grund und Boden bleibt Privateigenthum; der Gebrauch des Wassers bei nicht fließendem Wasser ist daher Consequenz des letztern. Das ist der erste Satz alles öffentlichen Eigenthumsrecht des Wassers, und seine Gränze gegenüber dem Privateigenthum. Aus ihm geht das ganze römische Wasserrecht hervor. Möge es uns erlaubt sein, seine Entwicklung hier kurz zu characterisiren.

Ist dem nämlich so, daß der Gebrauch der aqua profluens perennis öffentliches Recht ist, so folgt zuerst, daß niemand diesen Gebrauch stören darf, so wenig wie jedes andere Eigenthum. Ein jeder Einzelne hat ein Privatrecht darauf zu fordern, daß jeder andere Einzelne ihm seinen Gebrauch nicht beschränke, also auch der Uferbesitzer nicht. Das war an sich sehr einfach. Aber der Uferbesitzer hatte dann doch das Recht, mit seinem Ufer zu thun was er wollte. Wie nun,

wenn die Vornahmen an dem Ufer den Gebrauch des Wassers störten? Offenbar zwar gehörte ihm das Ufer, aber der Gebrauch des fließenden Wassers *nicht*. Die natürliche Gränze seines Rechts bestand daher zunächst in demjenigen, was den natürlichen Gebrauch des öffentlichen Wassers nicht *störte*. Er kann daher sein Ufer *schützen*, aber damit die Benützung des Wassers nicht stören; er haftet für das damnum injuria datum, das dadurch entsteht. T. D. de ripa munienda 43. 15. Dieser natürliche Gebrauch war nun offenbar zuerst das Beschiffen des Wassers, dann alles, wozu ich das, in seinem natürlichen Laufe brauchbare Wasser auch wirklich brauchen kann. Das römische Recht stellte daher als Grundsatz auf, ut in flumine publica navigare liceat (l. un D. 43. 14.), der eigentlich, wie später die Franzosen richtig sagten, so hätte heißen müssen: „flumina navigabilia publici usus sunt". Dann aber folgt, als einfache Consequenz, daß niemand *seine* Privatbenützung des fließenden Wassers so einrichten darf, daß die Benützung anderer damit beeinträchtigt wird, wie bei jedem andern Eigenthum, oder „ne quid in flumine publico fiat". T. Dig. 43. 13. Indessen damit war die Sache nicht erledigt. Was half alles öffentliche Gebrauchsrecht, wenn ich nicht zum Gebrauche — zu meinem Eigenthume — hingelangen kann? Denn in der That ist ja doch das Befahren des Wassers nicht der einzige Gebrauch; es gibt vielmehr eine ganze Reihe anderer, welche eben so nothwendig sind für das Gesammtleben, Fischen, Baden, Schöpfen, Trinken u. s. w. Das Recht der Gesammtheit auf diese Formen des Gebrauches scheint daher die absolute Bedingung desselben, das Recht, zum Ufer *hinzugelangen*, zu fordern. Allein das Princip des Eigenthums an Grund und Boden überwiegt. Ein *Recht* auf den Zugang über mein Eigenthum folgt *nicht* aus dem Recht an dem Gebrauche des Wassers. Das Ufer ist zwar öffentlichen Rechts; aber der *Zugang* ist Privateigenthum. In welcher Form nun soll ich mir dies Verhältniß des öffentlichen Eigenthums am ganzen Ufer und des Rechts des Zuganges zur aqua profluens mit einander denken? Offenbar nach Römischem Recht wieder als ein Privatrecht. Wer den Zugang haben will, der muß sich eben ein Privatrecht auf denselben, eine Servitut, eine servitus viae aut itineris an den praediis rusticis erwerben. (l. 3. D. d. serv. pr. r. 8. 3.) So war jetzt diese Sache sehr einfach geordnet, und der erste Theil des öffentlichen römischen Wasserrechts stand fest und erschien als ein allseitig wohlüberlegtes System, das in den Tit. Dig. de fluminibus L. XLIII. von Tribonian ohne höheres Verständniß zusammengestellt ward.

Und jetzt entsteht uns wohl die Frage, ob denn dies römische öffentliche Wasserrecht nicht ganz dasselbe ist mit dem gegenwärtigen, so daß unser Wasserrecht höchstens quantitativ von dem römischen verschieden erscheint? Hatten wir Recht und Anlaß, so große Anstrengungen zu machen, um ein neues zu schaffen, oder wäre es nicht viel einfacher gewesen, uns das Römische Recht zum Grunde zu legen, etwa wie Ubbelohde in seiner fleißigen und umsichtigen Arbeit „Ueber das im K. Hannover geltende Recht der Entwässerung und Bewässerung" (Hannover, Rümpler 1862) das Römische Recht dem Hannover'schen vorausschickt? Wenn wir weder Endemann noch Holzschuher in ihrer strengen Beschränkung auf das römische, und Glaß, Schrank und Lette in ihrer Begränzung auf das neuere Recht folgen, warum ist es unthunlich, mit dem ersteren bei einer Verschmelzung des römischen und germanischen Wasserrechts sich zu begnügen?

Offenbar, hätten jemals die Römischen Juristen eine Vorstellung von etwas anderm als dem Römischen Recht gehabt, so würden sie selbst gesehen haben, daß und vor allem warum das Wasserrecht unserer Zeit ein durch und durch anderes, und was eigentlich der Character des Römischen Wasserrechts ist. Dieser Character besteht darin, daß das letztere sich grundsätzlich darauf beschränkt, den Gebrauch des aqua profluens für ein öffentliches Eigenthum zu erklären, aber dann es jedem Einzelnen zu überlassen, dies Recht für sich und sein Einzelinteresse gegen einen andern Einzelnen auf privatrechtlichem Wege geltend zu machen. Die Verwaltung kümmert sich um den Gebrauch als solchen nicht. Es giebt keine Strompolizei, keine Anschlagstafeln gegen Verunreinigung des Wassers, keine Genehmigung von Uferwerken, keine Inspection, kein Steuerrecht, keine Markpfähle; noch viel weniger Gesellschaften zur Entwässerung und Bewässerung, zur Drainage u. a.; ja es giebt nicht einmal Leinpfade. Wer sich durch die Vornahme des Einen im flumen publicum in seinem Gebrauch beschränkt glaubt, der soll eben klagen, und der Praetor wird auf Grundsatz des Privatgebrauchrechts an den Dingen quae natura sua communes sunt, sein Urtheil sprechen. Es ist das System der actiones populares, wie es den Character des englischen Rechts bildet, das den einzigen Schutz des öffentlichen Rechts ausmacht. Nur das gestand man dem öffentlichen Interesse zu, daß man auf das öffentliche Gebrauchsrecht auch noch das Privatbesitzrecht anwendete, und daher die Störung des öffentlichen Gebrauches als eine Besitzstörung gelten ließ, indem man dem Einzelnen ein interdictum ne quid in flumine pu-

blico fiat zugab, das in der That nichts anders als die privatrechtliche Anrufung der Polizei des öffentlichen Waſſers enthält. Der Unterſchied iſt klar. Auch der Gebrauch des Waſſers, obwohl von dem Eigenthum desſelben getrennt, iſt noch kein Gegenſtand der Verwaltung, ſondern nur Object des Privatrechts. Das Geſammtintereſſe erſcheint noch nicht in der Verwaltung als etwas ſelbſtändiges, ſondern nur als Recht aller Einzelnen. Die Nothwendigkeit des erſtern durch die Thätigkeit der zufällig intereſſirten Einzelnen zu vertreten, ließ den eigentlichen Character des Waſſerrechts gar nicht zur Geltung kommen. Wie es in Rom überhaupt noch keine eigentliche Verwaltung giebt, ſo giebt es auch noch kein Verwaltungsrecht des Waſſers. Erſt die germaniſche Welt hat das zweite mit der erſteren zu erzeugen vermocht.

So war nun dieſes. Gab es denn nun unterdeſſen kein Privatwaſſerrecht?

Gewiß. Das Waſſer, ſo fern es nicht profluens war, war eben ein Acceſſorium des Principals, des Grundes und Bodens. Die Grundſätze der alluvio und der insula nata ſind daher kein Waſſerrecht, ſondern ſind nur einfache Anwendungen des allgemeinen Sachenrechts auf die Ufer eines Gewäſſers und das Flußbett. Das Eigenthum an dem letztern konnte conſequenterweiſe gar nicht beſtritten werden, da ja das Publikum nicht am Waſſer, ſondern nur an der Benützung ein Recht hatte. Das war einfach. Eben ſo einfach war der Satz, daß der Einzelne an dem von ihm occupirten Waſſerquantum Eigenthum habe. Schwierig erſchien nur die Frage nach der aqua pluvia. Sie iſt keine aqua profluens; ſie iſt daher mein Eigenthum. Ich kann ſie auffangen; ich kann über ſie verfügen. Kann ich das, ſo darf ich auch den Ablauf einrichten, den Zulauf verhindern. Allein hier trat nun, und wieder auf Grundlage des Privatrechts, ein Satz ein, der der lex Aquilia zum Grunde liegt. Der Gebrauch meines Eigenthums ſoll in der That keinen Schaden an dem Eigenthum des Andern erzeugen, vor dem ſich derſelbe nicht ſchützen kann; thut er es, ſo hafte ich. Ich darf daher die aqua pluvia nicht ſo ordnen, daß ſie dem Nachbar ſchadet, ohne daß er dem Schaden begegnen kann, weder als Oberlieger noch als Unterlieger. So entſtand das Recht der Klage der Aqua pluvia und ihrer Ableitung wie ihrer Zuleitung. T. Dig. 39. 3. Es war die einfache Anwendung der Aquiliſchen Grundſätze. Aber dieſe actio aquae pluviae arcendae zeigt uns deutlich den tiefen Unterſchied der römiſchen und germaniſchen Auffaſſung. Sie iſt, gerade wie das öffentliche Eigenthumsrecht der Römer am Waſſer, die autoriſirte Geſtalt des Verwal-

tungsrechts. Kaum daß ein schlagenderer Beweis der tiefen Verschiedenheit unserer Zeit und des römischen Wesens gedacht werden kann, als in dem Unterschied zwischen den Wassergenossenschaften, den associations syndicales der Franzosen, und der actio aquae pluviae arcendae. Warum hat Ubbelohde, der den Character des römischen Rechts so gut bezeichnet (p. 24), den Character des germanischen nicht mit hinzugefügt? Erst dann hätte er die Brücke zwischen den beiden Rechtswelten, die sich in seiner Schrift unvermittelt zusammenfinden, verstanden, und statt gut vorbereiteten Materials eine harmonische Arbeit geliefert. Glas hat wieder das Römische Recht viel weniger begriffen als Ubbelohde; Schenk (Wasserrechtsfrage, 1860) p. 21 hat sich verwirrt; in seiner Weise kommt man zu gar keinem Resultat. Nieberding braucht das Römische Recht nur zufällig als Interpretationsmittel, ohne Ahnung von dem eigenthümlichen System desselben, das doch Ubbelohde recht wohl verstand. Wie geht es zu, daß Nieberding Ubbelohde's Arbeit nicht gekannt hat? (p. 23.) Offenbar genügt es selbst so fleißigen Männern nicht, sich in deutschen Fragen auf Preußen zu beschränken. In jedem Fall ward dadurch die Darstellung des Vorfluthrechts, wie er sie giebt, eine falsche. Es ist unklar, was er sich denkt, wenn er z. B. in §. 42 zugleich neben dem gemeinrechtlichen Grundsatz über die aqua pluvia die „freie" Verfügung über die „Quelle" hinstellt, ohne das specifische Element der aqua profluens zu würdigen. Er hat ferner die Vorfluth in §. 19 viel zu allgemein aufgefaßt, als Ablauf jedes Wassers, also auch im Gegensatz zum wilden Wasser, die aqua pluvia. Offenbar ist die deutsche „Vorfluth" ein unaufgelöster Begriff, und umfaßt beides, die aqua pluvia und die aqua profluens. Das Urtheil Nieberding's über das Römische Recht in §. 20 ist falsch, wie aus dem obigen hervorgeht; aber selbst wieder ein neuer Beweis, wie ungeschickt es von den römischen Juristen ist, deutsche Begriffe nicht zu kennen und mit den römischen in Harmonie zu bringen. Das ganze Recht der Abzugsgräben, das Nieberding unter diesem Ausdruck nebst dem Traufrecht in den obigen Rechten einfaßt, gehört anderswohin, und ist Verwaltungsrecht. Was die „Vorfluth in Privatflüssen" §. 24 noch neben der „Vorfluth in öffentlichen Gewässern", und diese wieder neben der Wasserpolizei soll, ist nicht abzusehen, eben so wenig wie die „Vorfluth der Gräben" und ihre Trennung von der Entwässerung, die ja doch in der That ein Ganzes bilden. Nieberding zeigt uns wieder einmal deutlich die Kluft, die zwischen der organischen Auffassung der Verwaltungslehre und der Be-

handlung ihrer einzelnen Theile liegt; vielleicht daß das Folgende dieſes noch klarer macht.

Wir haben uns bei dieſer Darſtellung des Römiſchen Waſſerrechts etwas länger aufgehalten, nicht bloß weil dasſelbe an ſich, als innerlich und äußerlich ſcharf und klar ausgebildeter Ausdruck einer ganz ſpeciſiſchen Auffaſſung des Waſſerrechts überhaupt — derjenigen, in welcher das öffentliche Recht in der Form des Privatrechts erſcheint und durch Privatklagen verwirklicht wird — darbietet, ſondern weil es eben dadurch in viel höherem Maaße, als z. B. Nieberding annimmt, zur Grundlage der Waſſerrechtsgeſetzgebung des vorigen Jahrhunderts geworden iſt. In der That hätte auch unſer Verf. nur auf die von ihm ſelbſt im Anfange ſeiner Schrift citirten Stellen einen Blick zu werfen gebraucht, um zu ſehen, daß im Grunde der bei weitem weſentlichſte Theil desſelben doch nur eine Codification aller auf das Privateigenthum am Waſſer bezüglichen Grundſätze des Römiſchen Rechts iſt, und daß die Gränze zwiſchen dem Privat- und öffentlichen Eigenthum vom Römiſchen Recht bereits in einer Weiſe feſtgeſtellt iſt, die man zwar erweitern, aber nicht mehr ändern kann. Nur fehlt dem Verf., wie der ganzen bisherigen Literatur eben der gemeinſame Geſichtspunkt für das Römiſche, Germaniſche und das gegenwärtige Recht, und allerdings läßt ſich ohne einen ſolchen auch das Detail nicht gebrauchen.

Eben deßhalb dürfen wir nur den Standpunkt und Character des Germaniſchen Rechts hier beſonders hervorheben.

Das germaniſche Waſſerrecht. Das Real-Waſſerrecht und das Waſſerregal.

Während die bisherige Literatur das Römiſche Recht zwar nicht recht zu benützen weiß, aber doch als ein wichtiges Element für das Waſſerrecht citirt und es wenigſtens für das Privatwaſſerrecht gebraucht, weiß ſie mit dem germaniſchen Waſſerrecht im Grunde gar nichts anzufangen. Es mag das ſehr verzeihlich ſcheinen, da auch das Germaniſche oder ſog. deutſche Privatrecht ſelbſt mit ſich im Ganzen und im Beſondern mit dem Waſſerrecht nichts anzufangen weiß. Es begnügt ſich mit einfacher Sammlung der Thatſachen und der Compilation dieſer oder jener Beſtimmung, die um ſo werthvoller erſcheint, je mehr ſie den Character einer Novität hat. Allein von einem geiſtigen Element iſt in dieſer Compilation gar keine Rede; das Gefühl, in einem Antiquitäten-

Kabinet zu sein, ist bei dem Eintritt in das deutsche Privatrecht so specifisch und lebendig, und die Menge jeder lebendigen Verarbeitung des reichen Stoffes so entschieden, daß einige — wie Ubbelohde — es geradezu nicht der Mühe werth halten, das deutsche Wasserrecht auch nur neben dem römischen und heutigen anzuführen, während andere — wie Nieberding — sich damit abfinden, daß sie es als jeder Klarheit und Einheit entbehrend bezeichnen. In der That ist das, was er über das Wasser sagt, einer von den vielen Beweisen dafür, daß es entweder als sog. Wissenschaft untergehen, oder ein wirklich lebendiges Leben, irgend einen Gedanken, der seinen Stoff beherrscht, bei sich entwickeln muß. Und das war gerade beim Wasserrecht so leicht!

Das was wir das germanische Wasserrecht nennen, ist in der That diejenige Gestalt des letztern, welche es durch die ständische Gesellschaftsordnung empfängt. Natürlich hat die ständische Gesellschaftsordnung keinen Einfluß auf das Wasserrecht durch seine ideale Grundlage, den Beruf und sein Recht; wohl aber durch das zweite Element, das sich daraus entwickelt und namentlich durch die Verbindung mit den Elementen der Geschlechtsordnung zur Geltung kommt, den Grundbesitz und seine Vertheilung Ohne hier auf weitere Darlegungen einzugehen, bemerken wir nur, daß die ständische Form des Grundbesitzes die Grundherrlichkeit ist, die alles Privateigenthum in all denjenigen Verhältnissen in sich aufnimmt, in denen es sich um irgend ein öffentliches Recht handelt. Demgemäß unterwirft sie in gleicher Weise auch das Wasserrecht, und das letztere erscheint daher nicht mehr unter den Gesichtspunkten des Römischen Rechts, sondern vielmehr als das Wasserrecht der Grundherrlichkeit. Das ist der Character der ständischen Epoche des Wasserrechts von der einen Seite. Von der andern dagegen erhebt sich mitten in der Auflösung des Lehnwesens das zweite große Element jener Epoche, der Träger der künftigen Entwicklung, das Bewußtsein, das den Keim des werdenden freien Staats enthält. Es hält schon damals an dem Grundsatze fest, daß alles, was über die Gränze des Privateigenthums hinausgeht, ihm gehöre. Es zieht daher schon früher die einfache Consequenz, daß dies auch für das Wasser der Fall sein müsse. So entsteht der Satz, daß das Wasser, welches seiner Natur nach dem gemeinsamen Gebrauch gehört, das Wasser des Königs, also ein Regal sei. Damit ist die zweite Grundform des Wasserrechts in dieser Epoche gegeben, die Regalität desselben.

Mit diesem Unterschied, den wir in den „deutschen Privatrechten" zwar angedeutet aber nicht verstanden finden, entstehen nun zwei Fragen.

Die erſte iſt nach dem Inhalt zu beiden Arten des Waſſerrechts, die zweite nach der Gränze zwiſchen beiden.

Eine genaue Darſtellung würde uns hier zu weit führen, um ſo mehr als die folgende Epoche beides faſt gänzlich beſeitigt. Jedoch möge es geſtattet ſein, die Hauptſache anzuführen.

Das Waſſerrecht der Grundherrlichkeit enthält das Eigenthumsrecht des Grundherren an dem Gebrauche des Waſſers in ſeinem ganzen Gebiete. Es folgt daraus, daß der Grundherr auch über dieſen Gebrauch disponiren kann. Die Dispoſition darüber beſteht in jener Zeit weſentlich in zwei Dingen. Zuerſt im ausſchließlichen Recht auf die Fiſcherei, dann im ausſchließlichen Recht auf die Benützung der Triebkraft. Beide ſind mit dem Grundbeſitze der Herren verbunden, und daher ſog. Realgerechtigkeiten. Als ſolche ſind ſie kein öffentliches Recht, ſondern ein Privatrecht, das den Beſtimmungen des letztern unterliegt. Sie können daher dem Grundherrn verliehen und genommen werden, und er kann darüber ſeinerſeits disponiren. Er kann ſie verpachten und verkaufen, oder ſelbſt benützen. Oft nun kommt es vor, daß namentlich die Fiſcherei Gemeinden gehört — offenbar als Folge der frühern Markgenoſſenſchaft, und mithin auf derſelben Baſis wie die Grundherrlichkeit. Der Regel nach erſcheint dann das Recht der letztern als der Obereigenthümer in den Zehnten. So entſteht hier ein, dem Römiſchen Rechte gänzlich unbekanntes Fiſchereirecht, mit dem die Romaniſten nichts anzufangen, und das die Germaniſten nicht organiſch zu erklären, ſondern nur als Thatſache aufzuzeichnen wußten. Neben demſelben erzeugt das Eigenthumsrecht an der Triebkraft vorzugsweiſe das Recht der Mühlen, oder das Mühlwaſſerrecht. Das Mühlwaſſerrecht hat drei Grundformen. Das Bannrecht der Mühlen iſt die Anwendung des Princips, daß die Triebkraft des Waſſers nur von demjenigen verliehen werden kann, dem ſie gehört, und daß daher niemand eine Mühle neu anlegen kann ohne Zuſtimmung des Grundherrn; die Bannpflicht iſt nur eine Conſequenz dieſes Satzes. Das Staurecht, das gleichfalls nur eine Form des Gebrauchs der Waſſertriebskraft iſt, erſcheint gleichfalls als eine Conſequenz des Obereigenthums. Die weiteren Sätze, welche ſeine Begränzung enthalten, ſind dann, eben ſo wie das Reinigungsrecht der Mühlgräben oder die eigentlich deutſche Vorfluth, gleichfalls nur Anwendungen des obigen Grundſatzes, während die Verpflichtungen der Oberlieger, den Mühlgraben nicht zu ſtören, bereits dem Gedanken eines allgemeinen Gebrauchsrechts nach römiſchen Principien angehören. Auf dieſe Kategorien läßt ſich das ſtändiſche

Waſſerrecht der Grundherrlichkeit auf allen Punkten zurückführen. Das Weſentlichſte iſt dabei offenbar, daß hier ein ganz anderer Grundgedanke als der des Römiſchen Rechts zum Grunde liegt, und daß daher eine Benützung des letztern für das erſtere gar nicht thunlich iſt. Während das Römiſche Recht den Satz feſthält, daß der Gebrauch des fließenden Waſſers überhaupt gar kein Privateigenthum ſein kann, und dieß erſt beginne bei dem ſtehenden, oder bei dem aus dem fließenden Waſſer occupirten Waſſerquantum, nimmt das germaniſche Recht vielmehr ein Privatrecht des Grundherrn mit all ſeinen Conſequenzen an. Natürlich konnten ſich beide Theorien gar nicht verſtändigen, und bis jetzt haben ſie ſich nicht einmal verſtanden. Dies nun zeigt ſich auch nach der zweiten Seite, der Regalität des Waſſers.

Die Regalität des Waſſers iſt im Grunde nur der Satz, daß alles Waſſer, was nicht dem Einzelnen gehört, dem Ganzen angehört, und daß die Sicherheit und die Ordnung dieſes allgemeinen Gebrauches unter dem perſönlichen Haupte der Geſammtheit, dem Könige ſteht. Hier wie allenthalben iſt der Verſuch des Königthums, daraus eine Einnahmsquelle zu machen, nur ein untergeordneter Punkt. In das Königthum iſt vielmehr Begriff und Recht der Gemeinſamkeit in dieſer Epoche übergegangen. Freilich zeigt erſt die folgende Zeit, welche Folgen dies hat. Aber jenes Grundweſen der Regalität tritt doch auch ſchon bei dem Waſſerregal hervor. Man kann den Inhalt dieſer Regalität auf zwei Punkte zurückführen. Zuerſt erzeugt ſie die Anwendung des Begriffes des königlichen Friedens auf den Waſſerverkehr, und zwar, indem ſie das Waſſer als ein großes Communicationsmittel oder eine Reichsſtraße betrachtet, und daher das Reichs- oder Heerſtraßenrecht darauf anwendet. Dieſer Gedanke bleibt. Aus ihm geht dann erſtlich das Recht der Stromzölle hervor, eine einfache Anwendung des Mauthrechts auf den ſchiffbaren Strom. Zweitens aber folgt daraus, daß die Ströme eben als Straßen nun auch mit den Leinpfaden verſehen ſein müſſen, welche als unabweisbare Bedingung der Beſchiffung der Ströme angeſehen werden. Die Römer kennen auch dies Recht nicht, und zwar deßhalb, weil ihnen der Strom eben keine Straße iſt. Auf dieſem Punkte liegt der Kern des Unterſchiedes zwiſchen dem öffentlichen Recht des Waſſers im Römiſchen und Germaniſchen Recht; und an ihn ſchließt ſich die Beantwortung der zweiten Hauptfrage, wo denn in dieſer Epoche des Waſſerrechts die Gränze zwiſchen dem grundherrlichen und königlichen Waſſer zu ſetzen ſei?

Dieſe Gränze, oder die Begriffsbeſtimmung des öffentlichen Waſſers

gegenüber dem grundherrlichen iſt demnach einfach die, daß das öffentliche Waſſer, das der Regalität unterworfene, alles dasjenige ſei, was als Heerſtraße benützt werden kann. Oeffentliches Waſſer und Schiffbarkeit ſind in dieſer Zeit die zwei Grundbegriffe, die ſich gegenſeitig decken. Und indem man an dieſem Merkmale die Regalität beſtimmt, beſtimmt ſich auch, wie wir ſehen werden, wenigſtens äußerlich daran der verſchiedene Standpunkt der neuen Zeit. Jenes Princip aber wird namentlich im franzöſiſchen Recht deutlich formulirt, während das deutſche zu einer ſolchen Formulirung nicht gelangt, weil eben hier die einheitliche Geſtaltung des Königthums und ſeines Rechts gegenüber den einzelnen „Reichsſtänden" nicht zur rechten Geltung gelangte. Auch beim Waſſerrecht ſehen wir jene unſelige Verwirrung Platz greifen, nach welcher eben die Grundherrlichkeit den Character der Souveränetät annimmt, und dadurch alle Begriffe und Rechte verwirrt und den Fortſchritt des geſammten Deutſchlands aufhält, während in Frankreich dagegen die königliche Souveränität alle Grundherrlichkeiten ſich unterwirft und dadurch das mächtige und glänzende franzöſiſche Reich gründet. Es iſt daher nicht unintereſſant, den Standpunkt des franzöſiſchen Rechts namentlich im 17. Jahrhundert zu ſehen, der ſich von dem des deutſchen Rechts in jeder Weiſe günſtig unterſcheidet. Die Ord. v. 1669 T. 27. 41. ſagt nämlich, gewiſſermaßen als Reichsrecht: Toutes rivières et eaux, portant bateaux de leur fonds — d. i. die im Flußbette ſchiffbar ſind — appartiennent au domaine de la Couronne." Dieſes „Eigenthum der Krone" äußert ſich aber wie es naturgemäß iſt, nicht mehr in einſeitigen Verſuchen, dieſe Flüſſe zu Finanzquellen zu machen, ſondern wie es die berühmte Ord. de la Marine zeigt vielmehr ſchon damals darin, Verwaltungsvorſchriften für die Waſſerſtraßen zu geben. Das iſt der Beginn des neuen öffentlichen Waſſerrechts. Jedoch waren dabei noch einige Vorfragen zu erledigen, namentlich die über das Flößerrecht. Zwar gehörten die eaux navigables damit dem domaine; hatte die Flößbarkeit denſelben Erfolg? In Frankreich galt der Satz: die eaux et rivières flottables gehören der „haute justice seigneuriale" (Poulain de Pars, Contume de l. Brètagne, Loisel, Instit. contumcières u. A.). In Deutſchland gilt kein allgemeines Recht. Es war der folgenden Zeit vorbehalten, es zu ſchaffen; doch ſteht dasſelbe im Weſentlichen auf demſelben Standpunkt mit dem franzöſiſchen Recht der Grundherrlichkeit, als welches wir das geſammte droit contumier in Frankreich und das ſog. deutſche Privatrecht anzuſehen haben.

Wir haben diese Gesichtspunkte hier angeführt, nicht weil sie dem gegenwärtigen Wasserrecht angehören, sondern weil nur durch sie der Character der Wasserrechtsbildung in der nun folgenden staatsbürgerlichen Epoche verstanden werden kann. Das Princip der letztern ist einfach. Es ist die freie Selbständigkeit des Individuums, und für das Rechtsleben wesentlich das Princip der Gleichheit des Rechts aller Staatsbürger. Das Wasserrecht gestaltet sich so gut wie alle andern Rechte unter dem Drucke dieses gewaltigen Grundsatzes. Nur findet hier, namentlich in Deutschland, kein plötzlicher Uebergang statt, während allerdings in Frankreich die ständische und die staatsbürgerliche Epoche einander ziemlich scharf gegenüberstehen. Im deutschen Recht scheiden sich vielmehr zwei Epochen, und diese müssen besonders characterisirt werden, weil in den bisherigen Behandlungen dieses Element gänzlich fehlt.

Wir scheiden, um die Sache durch bestimmte Namen greifbarer zu machen, zwei Standpunkte und zugleich Epochen, die polizeiliche und die administrative. Der letzte Ausdruck ist wohl im Grunde kein ganz angemessener. Vielleicht aber ist er verständlicher. Wir würden nach unserer Auffassung sagen: die Epoche der eigentlichen Wasserverwaltung. Wie wir das verstehen, wird unten klar werden. Hier möge nur sogleich, um jedem Mißverständniß vorzubeugen, die Anmerkung gemacht werden, daß diese beiden Epochen sich nicht etwa von einander trennen, sondern daß vielmehr die zweite die erste in sich aufnimmt und verarbeitet, so daß dieselbe gleichsam beide zugleich enthält. Die Bearbeitungen, und so auch die von Nieberding, sind in dieser Beziehung nicht ausreichend. Sie ermangeln jeder historischen Auffassung, zum Theil auch wohl ihres Zweckes selber, da sie wie unser Verf. eben nur das geltende Recht derselben wollen. Vielleicht, daß das Folgende dazu beiträgt, dies historische Element und zwar mit spezieller Beziehung auf die Vergleichung von Deutschland und Frankreich zu seiner gebührenden Geltung zu bringen.

Die Wasserpolizei.

Die Wasserpolizei ist ihrem Wesen nach die, von der vollziehenden Gewalt organisirte Beschützung des öffentlichen Gebrauches des Wassers, theils gegen die Menschen, theils auch gegen natürliche Kräfte. Es ist klar, daß und wie sich die Wasserpolizei von dem Wasserschutze unterscheidet. Der Wasserschutz mit seinen Anstalten und seinem

öffentlichen Recht schützt den Menschen gegen das Wasser, die Wasserpolizei dagegen schützt das Wasser gegen den Menschen. Der Wasserschutz hat daher zur Voraussetzung Gefahren, welche durch das Wasser, die Wasserpolizei Gefahren, welche dem Wasser drohen. Der Wasserschutz tritt deßhalb nur örtlich ein, die Wasserpolizei ist eine allgemeine Maaßregel. Und da nun das eigentliche Object der Wasserpolizei nicht die Substanz des Wassers, sondern der Gebrauch desselben durch die Gemeinschaft ist, so folgt, daß die Wasserpolizei überhaupt erst entstehen kann, wo die Gemeinschaft selbst zu einer gewissen Entwicklung ihres selbständigen Lebens und seiner Thätigkeit gediehen ist. Die Wasserpolizei setzt eine bereits kräftige und organisirte Verwaltung voraus, während das Wasserrecht bei einer guten Gerichtsverfassung zur Genüge geordnet werden kann.

Auf diesen Punkten beruht nun das historische Auftreten der Wasserpolizei und ihre Stellung in der Geschichte.

Als im Anfang des vorigen Jahrhunderts die Volksvertretung von den fürstlichen Regierungen, und die Selbstverwaltungen von den Obrigkeiten beseitigt und unterworfen wurden, nahmen namentlich die letztern alle Aufgaben theils der Grundherren theils der Städte für sich in Anspruch. Das Gefühl, zur Vertretung der allgemeinen Interessen berufen zu sein, und wohl auch die Erkenntniß, daß die alten Formen der ständischen Selbstverwaltung unfähig geworden, läßt die Obrigkeiten auf allen Punkten mit ihren „Befehlen" und „Verordnungen" eingreifen. So geschieht es nun auch im Wasserwesen. Die Erkenntniß, daß das Wasser ein wesentliches Element des Gesammtlebens sei, läßt dasselbe auf allen Punkten als ein Object der Verordnungsgewalt der Obrigkeiten erscheinen. Und hier nun beginnt auch auf dem Gebiete des Wasserrechts derselbe eigenthümliche Kampf, den wir in andern Gebieten entstehen sehen, der Kampf zwischen dem Recht der Grundherrlichkeit und dem der obrigkeitlichen Polizei.

In der That hat nämlich die erstere eigentlich das Wasserpolizeirecht wie jede andere Polizei als einen Theil ihrer Berechtigung anzusehen. Allein jenes Recht besteht denn doch aus zwei Elementen. Zuerst liegt ihm das grundherrliche Eigenthumsrecht am Wasser zu Grunde; dann aber functionirt die Patrimonialjurisdiction im Namen des Staats. Und auf diesem Punkte ist es, wo die polizeiliche Gewalt eingreift. Sie nimmt der Patrimonialjurisdiction allmählig alle Functionen ab, welche sich auf diesen öffentlichen Gebrauch beziehen, und erzeugt so ein förmliches System von Verordnungen für das

Wasserwesen. Diese Verordnungen ihrerseits umfassen zugleich das Wasserregal, oder das Wasser als Verkehrsweg; wir können das dahin bezügliche Wasserrecht vielleicht am besten die Strompolizei nennen. Diese Strompolizei ist eigentlich die Wasserwege-Ordnung der Staaten; und es war ganz natürlich, daß sich dieselbe, wie die Landwege-Ordnungen, allmählig von der Grundherrlichkeit loslösten und als eine selbständige Gesetzgebung hinstellten, zum Theil sogar die, den Wegeabgaben und Mauthen entsprechenden Stromzölle, die Stapelrechte u. a. m. ordneten, zum Theil auch in große Details über die Ufer und ihr Recht eingingen. Die erste große und allgemeine Gesetzgebung der königlichen Wasser- oder vielmehr Strompolizei war die französische Ord. vom August 1669 „sur le fait des eaux et forêts", welche die fließenden Gewässer als „domaine de la Couronne" betrachtete, und von diesem Standpunkte aus das ganze Wasserverkehrswesen regelte. Hundert Jahre später erschien die ganz analoge Strompolizei-Ordnung in Oesterreich von 1770, die gleichfalls die Wasserpolizei codificirte. Merkwürdiger Weise fehlt ein solches Wassergesetz in Preußen, während hier dagegen schon mit dem Anfang des vorigen Jahrhunderts der eigentlichen Wasserverwaltung durch Entwässerungsgesetze vorgearbeitet wird, deren erstes das Edict vom 25. Febr. 1704 „wegen der Wasserleitungen in Brüchen und Niederungen" ist (Niebering p. 10—11.). An diese Wasserwegs-Gesetze schließt sich nun alsbald das zweite Element in Beziehung auf den Wasserlauf und mithin die Wassertriebkraft. Die polizeiliche Epoche thut hier einen bedeutsamen Fortschritt. Sie macht sich frei von dem ständischen Princip, daß die Triebkraft Eigenthum des Grundherrn sei, und betrachtet sie grundsätzlich als Eigenthum der Gesammtheit. Sie steht daher keinen Augenblick an, das Wasserlaufswesen eben so wie die Wasserstraßen einer gesetzlichen Ordnung zu unterwerfen. Den Hauptausdruck dieser Bestrebungen bilden die Mühlen-Ordnungen und die obrigkeitlichen Vorschriften, Edicte, Erlässe u. s. w. über die Vorfluth, das Staurecht u. a.; zum Theil auch schon über die Entwässerungsgräben und dergleichen. Hierbei entsteht nun die Frage nach dem Recht der Bewilligung von Anlagen, welche die Triebkraft des Wassers benützen, namentlich der Mühlen; und auf diesem Punkte unterwirft sich das polizeiliche Princip unbedingt das alte grundherrliche Recht. Es wird Grundsatz, daß die bestehenden Mühlen ein Realrecht am Wasser haben, daß aber die neu zu errichtenden von der Genehmigung der Obrigkeit abhängen, und daß demgemäß jede Wasseranlage

nicht mehr durch den Gutsherrn, ſondern durch eine Landesbehörde zu beſtätigen ſei. Damit iſt denn der Grundſatz einer öffentlichen Ordnung des Waſſers beinahe ganz durchgeführt. Und jetzt ſchien es Zeit, eine neue Frage in den Vordergrund zu ſtellen.

Offenbar war die ganze Waſſerpolizei in der obigen Geſtalt nur möglich, indem man das ſtändiſche, oder genauer das grundherrliche Princip des Eigenthums am Waſſergebrauche umſtieß. Das nun hätte natürlich alle Begriffe verwirrt, wenn man nicht ein neues Princip für das Waſſereigenthum aufgeſtellt hätte. Und dies Princip war einfach das des Römiſchen Rechts. Das Römiſche Recht ſeinerſeits kennt keine Grundherrlichkeit, alſo auch nur ein Privateigenthum; der Gebrauch des fließenden Waſſers iſt dagegen öffentliches Eigenthum. Die polizeiliche Epoche nahm dieſe Grundlagen einfach an, nur mit Einem allerdings ganz weſentlichen Unterſchied. Statt daß nämlich die Römer den Schutz des Geſammtgebrauches durch die actiones populares und die Flußinterdicte dem Einzelnen überließen, ſah die germaniſche Obrigkeit es als ihre Pflicht an, dieſen Schutz durch obrigkeitliche Maaßregeln hervorzubringen. Das Recht des Einzelnen trat daher jetzt der Waſſerpolizei der Obrigkeit, und mithin dem öffentlichen Waſſerrecht gegenüber, und das grundherrliche Waſſerrecht verſchwindet in dem letztern. Aber auch das Waſſerrecht des Regals verliert jetzt ſeinen Character. Dasſelbe hatte ſich in der ſtändiſchen Epoche weſentlich auf den Begriff des Eigenthums der Krone an dem öffentlichen Waſſer geſtützt und nach den damaligen Auffaſſungen ſtützen müſſen. In der polizeilichen Epoche bedurfte es dieſes Motives nicht mehr. Allerdings bleibt daher der Begriff und das Recht der Regalität, ſo weit es ſich noch um Einnahmen aus den Gewäſſern handelt; allein ſo weit es gilt, öffentliche Ordnungen herzuſtellen, nimmt der Staat dies Recht im Namen der Staatsgewalt in Anſpruch, und ſeine Beſtimmungen beginnen, ſtatt ſich mit den finanziellen Geſichtspunkten zu beſchäftigen, vielmehr zu adminiſtrativen Maaßregeln zu werden. Die Regalität löſt ſich daher hier wie in andern Gebieten, der Poſt, den Münzen, dem Bergweſen, der Jagd langſam in ihre zwei Elemente auf, das finanzielle und das adminiſtrative. Es iſt geradezu wunderbar, daß die deutſche Wiſſenſchaft ſo weit hinter der Geſchichte zurückgeblieben iſt, um dieſe Auflöſung nicht zu ſehen, und bis auf die neueſte Zeit noch immer die traditionelle Lehre von den alten, der längſtbegrabenen ſtändiſcher Zeit angehörigen „Regalien“ oder „Hoheitsrechten“ fortzuſetzen! Immerhin war es ſo; aber es war allerdings nicht vollſtändig,

denn wo nur ein finanzielles Element gefunden werden konnte, da hielt man es aus guten Gründen fest; und erst unser Jahrhundert hat in allen diesen Regalien das richtige Maaß der letztern bestimmt. Immerhin aber verschmolz dieser Uebergang der alten Regalität in das neue Verwaltungsrecht nunmehr das ganze Gebiet des Wasserrechts, so weit es öffentlich war, in Eins; und damit mußte nun anderseits die Nothwendigkeit entstehen, diesem öffentlichen Recht gegenüber auch dem Privatrecht seinen bestimmten Inhalt und seine Gränze zu geben. Und das war nun für die deutschen Staaten die Aufgabe der Codificationen des bürgerlichen Rechts.

Es ist hier nicht der Ort, auf die großen Unterschiede des preußischen und des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches einzugehen. Allein in Beziehung auf das bürgerliche Wasserrecht haben sie dennoch einen gleichartigen Standpunkt. Sie haben nämlich beide die bereits oben dargestellten Grundsätze des Römischen Rechts zum bürgerlichen Rechte gemacht. Das ist der wesentliche Inhalt des österr. b. G. B. §§. 407—414; in viel ausführlicherer Weise thut dies das A. L. B. Th. I. T. 8. und Th. II. T. 15. Nieberding hat die letzteren Stellen mitgetheilt; es ist nur durch den Mangel historischer Bildung in der Jurisprudenz zu erklären, daß er den Zusammenhang mit dem Römischen Rechte nicht erkannt hat, sondern in seinem Werke gleichsam daneben noch ein besonderes, an das germanische Wasserrecht sich anlehnendes und mit den einzelnen Verordnungen und Entscheidungen ausgefülltes Privatrecht aufstellt. Allerdings ist das richtig, daß die Gränze zwischen dem öffentlichen und bürgerlichen Wasserrecht gerade in dieser Zeit schwer zu ziehen ist, da die Wasserpolizei jedes Verhältniß des Wassers, das ein öffentliches Interesse betraf, ohne Weiters in das Polizeiwesen hineinnimmt. Allein das Bewußtsein des Eigenthumsrechts des Einzelnen bleibt, und die feste rechtliche Grundlage des letztern sind dann die beiden obigen Gesetzbücher, deren Interpretation demgemäß wesentlich auf dem Römischen Sachenrecht beruht, während die Tit. Dig. de fluminibus denn doch vorzugsweise das öffentliche Römische Wasserrecht enthalten.

Das was wir hier anführen, bezieht sich nun nur auf die deutsche Wasserrechtsbildung. Die französische ging einen andern Weg. Unserer Ansicht nach sollte kein Jurist über den Gang der innern Entwicklung des deutschen Rechtes etwas sagen, ohne als Gegenstück dazu das französische immer im Auge zu behalten. Hoffen wir, daß die deutsche Jurisprudenz endlich verjüngt aus ihrer theils localen, theils historischen

Beschränkung heraustrete, und das werde, was sie zu werden fähig ist! Hat doch die Geschichte diesen Deutschen die französische Rechtsbildung in ihre eigenen Länder eingeführt, und sie zu einem Stück ihres eigenen Rechtslebens gemacht! Und trotzdem sind so viele unfähig geblieben, auch nur die Vergleichung, geschweige denn die Verschmelzung des französischen und deutschen Rechts auch nur anzustreben, auch nur zu fordern! Dem sei nun wie ihm wolle — der Gang des französischen Wasserrechts, dem Inhalt nach dem deutschen gleich, war der Form nach ein anderer.

Während nämlich im 18. Jahrhundert die Polizeigewalt der deutschen Regierungen eine sehr große war, ist sie in Frankreich eine sehr geringe. Die Grundherrlichkeit herrschte nach wie vor. Die justice seigneuriale nahm daher aus dem Wasser wie aus allen andern Dingen so viel Vortheil als möglich, und es war klar, daß bei der Schwäche der Regierung eine große sociale Umwälzung nothwendig sei, um neben andern Dingen auch das Wasserrecht umzugestalten. Uebrigens muß man nicht glauben, daß trotz des Mangels einer festen Regierungsgewalt die Idee der bürgerlichen Freiheit nicht auch im Gebiete des Wasserrechts lebendig geworden wäre. Die ausgezeichneten Juristen der Schule von Orleans und ihres Hauptes, des viel zu wenig in Deutschland bekannten Pothiers, hatten das römische Recht bereits gründlich verallgemeinert; Traité de la propriété. 1784. Proudhon Domaine public. III. 947. es bedurfte nur des äußern Anstoßes, um mit Einem Schlage zu erzielen, woran Deutschland ein halbes Jahrhundert gearbeitet hatte.

Dieser Anstoß kam mit der Revolution. Das Jahr 1790 hat im Allgemeinen die Aufgabe gehabt, die Consequenzen der Aufhebung der ständischen Vorrechte juristisch zu formuliren und in Gesetzesform zu bringen — eine ganz specifische, von der socialen Richtung der spätern Jahre wesentlich verschiedene Thätigkeit, von der solche allgemeine, in Phrasen und in unverstandenen Auszügen sich bewegenden Compilationen, wie C. Richter's Verwalt. R. d. fr. Rev. keine Ahnung besitzen, und daher auch zu keiner wissenschaftlichen Darstellung desselben gelangen. Für unsern Zweck sind die beiden Beschlüsse vom 15. März 1790 und vom 13. April 1790 die entscheidenden. Der erstere hebt die Gesammtheit aller Rechte aus dem droit de fief auf, der zweite alle droits de la haute justice, das heißt nicht etwa die Patrimonialgerichtsbarkeit, vielmehr die privatrechtlichen Ansprüche, die aus demselben folgten. Laferrière hat die Rapports, welche diesen Citaten zu

Grunde lagen, im Weſentlichen mitgetheilt. Droit adm. t. 1. T. VI. p. 688. Dadurch ward die Geſetzgebung über das Eigenthum, alſo die Gränze zwiſchen dem Privat- und öffentlichen Recht nothwendig. Sie war einfach. Das Geſetz vom 22. Aug. 1790 ſtellte den Grundſatz auf, daß die eaux navigables ne sont point susceptibles de propriété privée; das Grundgeſetz der neuen Aquarverwaltung, das Geſetz vom 28. Sept. 1791, oder der ſog. Code Murat, ging einen Schritt weiter, und erklärte auch die Gränzen der Benützung der Triebkraft mit ſpezieller Beziehung auf das Staurecht T. 2. a. 15. u. 16. in der Weiſe, daß jeder, der das Waſſer an den Wehren (deversoirs) ſtaut, dafür den „Nachbarn" privatrechtlich haftet, und daß die Höhe der Stauung von der Obrigkeit beſtimmt werden ſolle. „Ils seront forcés" — nämlich die propriètaires ou fermiers de moulins et usines — „de tenir les eaux à une hunteur qui ne nuise à personne, et qui sera fixée par le diréctoire de departement" — ein Satz, der ganz offenbar in ſeinem erſten Theile dem Römiſchen Recht angehört, und den Preußen erſt nach langjähriger Begünſtigung der grundherrlichen Standrechte der Mühlen in der Verord. v. 28. Febr. 1843 anerkannte. Warum Nieberding ſich dieſes Fortſchrittes der Franzoſen nicht erinnert, iſt nicht abzuſehen (p. 182—184). Damit waren eigentlich die weſentlichen Grundlagen des franzöſiſchen Waſſerrechts gegeben, von denen weder der Code Civil a 538 und 640—714 Vgl., noch die ſpätere Geſetzgebung abgewichen iſt. Der Art. 714 iſt einfach eine wörtliche Ueberſetzung des T. Dig. derſelben; der Art. 538 erklärt die eaux navigables et flottables als dépendances du domaine public, ohne zu ſagen, was unter dépendance zu verſtehen iſt; offenbar ſoll Art. 714 die Interpretation ſein — des choses, dont l'usage est commun à tous. Die Hauptfrage blieb jedoch noch unerledigt, nämlich nach welchen Grundſätzen die navigabilité und mithin die Qualität von öffentlichen Gewäſſern im Zweifel zu beſtimmen ſei, was dadurch um ſo wichtiger war, als dieſe Erklärung die Berechtigung zum Leinpfad (halage) als öffentliche Servitut in ſich ſchloß. Dieſe Frage erledigte dann das Geſetz vom 29. April 1829 a 3, nach welchem die Behörde dies Recht gerade wie bei den öffentlichen Wegen hat. Dies alles bildete auf dieſe Weiſe ein einfaches und klares Syſtem, das die deutſche Rechtsbildung und ihr Verſtändniß der Sache bei weitem übertraf, da man in Deutſchland noch immer aus den Begriffen und Conſequenzen der mittelalterlichen Bann- und Realrechte nicht herauskommen konnte, und wie noch jetzt Nieberding Weſen und Inhalt des ſog. Gemeinen Rechts gar

nicht begriff. Allerdings ſchloß ſich daran ein weitläuftiger Streit über das Eigenthum an der Subſtanz des fließenden Waſſers nach Art. 641, in welchem ſich die Vertreter der Eigenthumstheorie namentlich in Championnier's Werk (Les eaux courants etc.) gruppiren, während die Gegner, und unter ihnen vorzugsweiſe Laferrière, das Privateigenthum läugnen, und nur ein Recht auf den Gebrauch zulaſſen, was natürlich das allein richtige iſt, wenn auch der letztere ſich über das Weſen des ſelbſtändig vom Eigenthum getrennten, und als ſolcher zu einem Object ſelbſtändigen Rechts werdenden Gebrauch nicht recht klar wird (A. a. O. p. 703). Nieberding ſeinerſeits wiederholt nur was in dieſer Beziehung andere ſagen, ohne darüber zur Erkenntniß zu gelangen, daß das deutſche Privatrecht gar keinen, das Römiſche Recht keinen beſtimmt formulirten Begriff von Eigenthum in dieſem Punkte beſitzen, und man daher, um zum Abſchluß zu kommen, einen neuen Begriff aufſtellen muß (p. 33—36 u. p. 126).

Das iſt, in wenigen Worten angedeutet, Princip, Inhalt und Gang des Waſſerrechts in der Epoche, welche wir als die polizeiliche bezeichnen. Sie iſt in der That nichts anders als die neue Organiſirung des Römiſchen Rechts unter Beſeitigung des germaniſchen, nur mit dem ſchon angegebenen Unterſchiede, daß die Vertretung aller öffentlichen Intereſſen am Geſammtgebrauche nicht mehr dem Einzelnen, ſondern der Obrigkeit obliegen, und daß mithin die Störung der letztern nicht mehr als Eingriff in das Privatrecht, ſondern in das öffentliche Recht gilt.

Und das nun, was auf dieſe Weiſe ſeit dem Anfange des vorigen Jahrhunderts an Rechtens geworden iſt, iſt nun nicht etwa falſch, ſondern es iſt an ſeinem Theil wirkliches Waſſerrecht, der allgemeinen Natur desſelben entſprechend. Man muß ſich daher den Gang der Dinge hier nicht ſo denken, als ob das Waſſerrecht dieſer Epoche darüber unterginge und in unſerer Zeit einem neuen Platz machte. Sondern dies Recht iſt nur an und für ſich richtiger. Es bleibt daher auch in unſerer Zeit, und es wird ſeinem Weſen nach beſtändig bleiben, denn es iſt die Verſchmelzung des Römiſchen Princips des Privateigenthums mit dem Germaniſchen der ſtaatlichen Thätigkeit. Das folgende Recht enthält daher keine Aenderung dieſes Rechts, ſondern nur eine Erweiterung. Und bei dem großen Intereſſe, welches die Sache hat, iſt es gewiß geſtattet, auch dies Verhältniß hier darzulegen.

Offenbar hat nämlich das obige, eigentlich polizeiliche Waſſerrecht eine ganz beſtimmte Gränze, die man bisher gar nicht gehörig beachtet

hat. Es bezieht sich nämlich nur auf zwei Kategorien. Zuerst auf diejenigen, welche an das Wasser gränzen, dann auf diejenigen, welche sich auf dem Wasser befinden. Ein Recht Dritter, die weder Anlieger noch Schiffer sind, ist hier gar nicht vorhanden.

Ist nun diese Beschränkung richtig? Ist das Wasser für alle Dritten nichts als ein fremder Stoff? Und wenn es mehr ist, welche Rechtsverhältnisse entwickeln sich aus diesem Verhältniß?

Die gegenwärtige Epoche ist bestimmt, auf diese Fragen Antwort zu geben.

Die Wasserverwaltung und das Wassergenossenschaftsrecht unseres Jahrhunderts.

Es ist kein Zweifel, daß die Wassergesetzgebung unseres Jahrhunderts, und zwar namentlich die der neuesten Zeit, nicht bloß eine große Thätigkeit entwickelt hat, sondern auch eine wesentlich verschiedene Grundlage von der früheren betritt. Es ist ferner gar nicht zu verkennen, daß bei aller Selbständigkeit der Gesetzgebungen in den einzelnen Staaten doch eine sehr große Gleichartigkeit derselben vorliegt, und daß man daher auch diese Wasserrechtsbildung sehr wohl in ihren verschiedenen Formen vergleichen kann. Es wird daher in der That wohl das der Fall sein, was wir oben angedeutet haben. Auch hier entwickelt sich das Recht nicht durch sich selbst, sondern an und mit seinem Gegenstande. Es muß daher das Wasser jetzt selbst ein neues Element zum Vorschein bringen, und das neue und allen Völkern Europas gemeinsame Wasserrecht wird eben durch dies neue, von allen Völkern gleichfalls gemeinsam erkannte Element erzeugt und bedingt sein.

Dies nun ist in der That der Fall, und es zeigt sich, daß es gänzlich unthunlich ist, eine Characteristik und Geschichte des Wasserrechts zu schreiben, ohne eine Characteristik und Geschichte seines Substrates, des öffentlichen Gebrauches am Wasser selbst vor Augen zu haben.

Offenbar war dieser Gebrauch des Wassers sowohl zur Zeit der Römer als in der ständischen Gesellschaft ein sehr beschränkter. Er bezog sich nur auf das Beschiffen und Flößen, also auf das Wasser als Communicationsmittel, und auf die Mühlgräben mit Vorfluth und Stauung, oder auf das Wasser als Triebkraft. Diese Gebrauchsformen behält das Wasser auch in dieser Zeit, also bleibt auch das öffentliche Wasserrecht so weit es sich auf diese Punkte bezieht. Allein der Fortschritt in der rationellen Bewirthschaftung ergreift in unserer Zeit auch

die Landwirthschaft; vielleicht auch, daß überhaupt mit der Abnahme der Bodenfeuchtigkeit, dieser am Ende sehr ernsten und kaum mehr zu bezweifelnden Thatsache, das Bedürfniß nach Wasser ein allgemeineres wird — kurz, es ergiebt sich, daß der Gebrauch des Wassers für die Landwirthschaft ganz neue Formen erzeugt. Wir begnügen uns hier mit der Bezeichnung derselben. Die erste Form ist die der Bewässerung; die zweite die der Entwässerung. Beide haben eine gemeinsame Grundlage. Sie beruhen darauf, daß das Wasser als ein Faktor der landwirthschaftlichen Production erscheint. Das steht fest für die landwirthschaftliche Pflege. Die Benützung des fließenden Wassers wird für gewisse Theile der landwirthschaftlichen Production eine anerkannte Bedingung ihres Fortschrittes, die Beseitigung des stehenden Wassers, oder die Umgestaltung desselben in fließendes gleichfalls. Darüber herrscht kein Zweifel. Es ist daher klar, daß die Verwaltung damit die Aufgabe hat, der Landwirthschaft im Allgemeinen diese Bedingungen zu verschaffen, so weit es dem Einzelnen unmöglich ist, sie selbst zu erzeugen.

Allein ohne Zweifel steht diesem Wunsche und dieser Aufgabe Eines entgegen. Das ist das Privatrecht des Einzelnen. Nicht etwa das Privatrecht oder Eigenthumsrecht an der Substanz des fließenden Wassers, denn der Gebrauch desselben ist ohnehin Gesammteigenthum, sondern vielmehr das Privateigenthum an dem Grund und Boden, vermöge dessen man zum fließenden Wasser hingelangt; und zweitens das erworbene Recht auf einen bestimmten individuellen Gebrauch des fließenden Wassers, wie bei dem Mühlenbesitzer. Es ist daher klar, daß hier gerade dasjenige entsteht, was die Quelle der Bildung alles Verwaltungsrechts ist, ein Gegensatz zwischen dem Einzelrecht mit den Bedingungen der allgemeinen Entwicklung. Die letztere ist ohne eine Beschränkung und eine Ordnung des erstern nicht möglich. Es muß daher im Gesammtinteresse, und zwar durch das Organ desselben, die Verwaltung, das Einzelrecht dem erstern unterworfen werden. Und diejenige öffentliche Ordnung, welche auf diese Weise durch die Verwaltung hergestellt wird, um durch die von ihr bestimmte Begränzung und Organisation der Einzelrechte die allgemeine Benützung der landwirthschaftich productiven Kräfte des Wassers möglich zu machen, ist eben das neue öffentliche Wasserrecht.

Betrachtet man nun von diesem Standpunkte die neuen Wassergesetzgebungen, so ist es kein Zweifel, daß sie dazu bestimmt sind, eben diese Aufgabe zu lösen. Es ist ganz natürlich, daß sie, gleichsam bei dieser Gelegenheit, auch die übrigen Momente des öffentlichen Wasser-

rechts mit in sich aufnehmen und das ganze wenigstens in einigen Staaten zu einer gesammten und einheitlichen Wassergesetzgebung verarbeiten. Allein das ist eigentlich gar nicht nothwendig, da die früher berührten Punkte ohnehin ihr Recht schon haben. Ja es kann sogar nur zweckmäßig werden, wenn man dabei nicht sehr genau den, für die verschiedenen Theile verschiedenen Standpunkt festhält. In der That haben deßhalb auch die meisten Staaten gerade dies neue Gebiet des Wasserwesens selbständig behandelt; und die Art und Weise dieser Behandlung ist aus einer Reihe von Gründen sehr verschieden. Leider hat dabei die historische Auffassung noch nicht genug Platz gegriffen, um in solchen Behandlungen wie die des Hrn. Verfassers zur Geltung zu kommen. Denn seine geschichtliche Darstellung im Anfange, obwohl sie sich durch Gründlichkeit und Umsicht im Einzelnen auszeichnet, ist doch im Grunde nicht mehr als ein kurzes Excerpt aus den bisher bestehenden und geänderten Einzelgesetzen. Freilich fehlt der Verwaltungslehre überhaupt das historische Bewußtsein; wie soll es denn in einem einzelnen Theile zur Geltung gelangen?

Davon nun abgesehen, wird es sich zum Zwecke einer systematischen Darstellung dieses Rechtsgebietes so wie zur Vergleichung des positiven Rechts darum handeln, diejenigen entscheidenden Punkte aufzustellen, welche der Ordnung dieses Rechts unterliegen müssen. Sie folgen aber auch hier wie immer aus der Natur des Objects selbst. Und es ist von großem Interesse, hier einmal gleichsam in der Nähe zu betrachten, wie diese Natur der productiven Kraft des Wassers eingegriffen, und ein ihr entsprechendes System des öffentlichen Rechts gebildet hat.

Die erste Frage, welche allen andern vorausgeht, ist ohne Zweifel die, wer darüber zu entscheiden habe ob denn wirklich ein gegebenes fließendes oder stehendes Wasser der Art sei, daß eine Entwässerung oder Bewässerung durch die Besitzungen des Anliegers, also unter Aufhebung eines privatrechtlichen Rechts im Interesse der Gesammtheit stattfinden soll? Denn wenn das entschieden ist, so tritt das große Princip alles Verwaltungsrechts sofort in den Vordergrund, daß in solchem Falle das Privatrecht des Einzelnen sich dem allgemeinen Interesse zu unterwerfen habe. Das ist ja eben der eigenthümliche und durchgreifende Character der Verwaltung gegenüber der frühern „Polizei", daß sie nicht etwa wie diese das anerkannte Gesammtinteresse gegen die Willkühr und die äußeren Gewalten schützt, sondern daß sie vielmehr dasselbe thätig werden läßt, indem es den Einzelnen dem

Ganzen praktisch unterwirft. Wir haben dieses Princip in unserer Verwaltungslehre wohl hinreichend characterisirt, und werden beständig darauf zurückgewiesen. Im vorliegenden Falle also kommt alles darauf an, wer die Entscheidung über jene Qualität des Wassers zu treffen hat.

In der That kann die Sache kaum fraglich sein. Jene Entscheidung kann denn doch nur von der Gesammtheit derjenigen Einzelnen getroffen werden, welche von dem productiven Verhalten des Wassers einen Vortheil haben, und daher auch für dasselbe Verordnungen machen sollen. Die Einigung dieser Gesammtheit ist nun der Verein. Der Körper, der das ganze Recht bildet, ist daher identisch mit demselben, der das Unternehmen begründet, ein Verein für Entwässerung und Bewässerung. Es ergiebt sich daraus der erste und so wie wir sehen in ganz Europa maaßgebende Satz, daß die Grundlage alles Entwässerungs- und Bewässerungsrechts das Vereinswesen ist; ein Satz, von dem weder das Römische, noch das germanisch-ständische Recht eine Ahnung hat. Der Verein ist im neuen Wasserrecht nicht etwa eine zweckmäßige, sondern vielmehr die nothwendige Form für seine Anwendung. Merkwürdigerweise hat auch Nieberding das nicht verstanden. Bei ihm erscheinen die „Genossenschaften" zur Entwässerung (p. 116 f.) und zur Bewässerung (p. 164) als incidirende Momente für Ent- und Bewässerung, während sie als specifisches Element an die Spitze gestellt werden mußten; was uns um so unmotivirter erscheinen muß, als die preußische Gesetzgebung selbst das richtige Verhältniß anerkannt hat. Das französische Recht hat die Sache erst später begriffen, und das neueste Gesetz vom 25. Juni 1865 über die Associations syndicales zeigt, daß man in Frankreich mit richtigem Verständniß eben die Vereinsbildung für das Wasserwesen in seiner selbständigen Bedeutung aufzustellen wußte. Man darf nämlich nicht meinen, daß gerade für das Wasserrecht die Sache mit dem allgemeinen Vereinsrecht abgethan sei, weder bei der Bewässerung, noch bei der Entwässerung oder der Drainage, und wir führen das ausdrücklich an, um die kommenden Gesetze auf diesen Punkt aufmerksam zu machen. Die „Wassergenossenschaften" sind sowohl im Princip als in Verwaltung von den gewöhnlichen „Erwerbsgesellschaften" wesentlich verschieden. Zwar gehören beide der Selbstverwaltung. Allein die Natur des Privatrechts am Grund und Boden bringt es mit sich, daß die Bildung des Vereins bei den Wassergenossenschaften von dem Beitritt der Einzelnen abhängig wird, was in den gewöhnlichen Erwerbsgesellschaften nicht der Fall ist. Es braucht nur der Einzelne den Durchlauf des Wassers

zu verweigern, um die ganze Entwässerung unmöglich zu machen. Die Bildung der Wassergenossenschaften *kann* daher nach dem Princip des freien Vereinsrechts vor sich gehen; aber sie muß im Interesse des Ganzen die Fähigkeit haben, von dem Einzelnen nicht abhängig zu werden. Die wichtigste Frage ist also die, ob und unter welchen Bedingungen die Genossenschaft die einzelnen Grundbesitzer *zwingen* kann, ihnen beizutreten. Und *diese* Frage ist so viel wir sehen, allerdings *zuerst* in Deutschland von der preußischen Gesetzgebung entschieden, und zwar zuerst durch das Gesetz vom 28. Febr. 1843, das die Grundlage bildet, und dem das Gesetz vom 11. Mai 1853 folgt. Die Grundsätze dieser legislatorischen Bestimmungen sind einfach. *Erstlich kann* die Genossenschaft als freier Verein auftreten; zweitens aber, wo das nicht gelingt, *kann* auch die *zwangsweise* Bildung gestattet werden. Im ersten Falle macht sich der Verein selbst sein Statut; im zweiten aber wird er selbst zu einem Verwaltungsorgane, der Beitritt des Einzelnen eine öffentliche Pflicht, und daher auch die *Bemessung* der mit dem Beitritt gegebenen Rechte und Pflichten Sache der Verwaltung. Daher geschieht die Bildung solcher Genossenschaften zunächst auf Grundlage eines *amtlichen Katasters* und unter Mitwirkung der Behörden, und die Verwaltung hat zu dem Ende eine eigene *Anleitung* zur Bildung von Wassergenossenschaften vom 10. Oct. 1857 erlassen, die von hohem Interesse ist. Es ist gar kein Zweifel, daß die preußische Gesetzgebung dem übrigen Europa in dieser Beziehung weit voraus ist, wenn auch die *Siegen*'schen Wiesenordnungen, welche der Verfasser §. 53 bespricht, in vielen Punkten den Anlaß gegeben haben mögen. Wir können dabei nur bedauern, daß der Verfasser das Genossenschaftswesen der Entwässerung (§. 37) von dem der Bewässerung (§. 52) *getrennt*, und dadurch der ganzen Sache nicht die gehörige Aufmerksamkeit gewidmet hat, um die dabei entstehenden Detailfragen näher zu beleuchten. Namentlich aber hätte er daraus dasjenige ersehen, was in unsern Augen das characteristische Element der Geschichte der preußischen Gesetzgebung ist. Offenbar unterscheidet sich nämlich das Gesetz von 1843 ganz wesentlich von dem vom Jahre 1853. Es bezieht sich das erstere nämlich nicht bloß vorzugsweise auf die Bewässerung, sondern denkt sich auch dabei vielmehr einen *einzelnen* Unternehmer, der ähnlich wie bei den Bahnen eine Commission mit eventuellen Expropriationsrecht bekommt, als eine Genossenschaft mit einem, allen Mitgliedern gemeinsamen Interesse. Erst mit den fünfziger Jahren tritt dies Element in den Vordergrund,

und die erwähnte „Anweisung" von 1857 zeigt deutlich, daß man einig ist, nicht in der Privatunternehmung, sondern in der Genossenschaft die Grundform der Ent- und Bewässerung zu sehen. Diesen Gang hat der Verfasser nicht beachtet. Es wäre das aber auch für seinen Zweck um so interessanter gewesen, als sich daran die naturgemäße Vergleichung mit den übrigen deutschen Wasserrechten, und namentlich dasjenige ergeben hätte, worin die preußische Gesetzgebung der letzten Jahre denselben voraus ist. Hier, wenn irgendwo, hätte der Verfasser nach dem Vorbilde von Schenk, Glaß u. A. sich nicht einfach auf die preußische Gesetzgebung beschränken, sondern die übrigen, mit denen sie so eng zusammenhängt, herbeiziehen müssen. Wir bemerken hier nur, daß die uns bekannten deutschen Gesetzgebungen wesentlich auf dem Standpunkt des preuß. Gesetzes von 1843 stehen, jedoch mit großen Modificationen. Auch diese Gesetze scheiden noch immer zwischen Entwässerungen, Bewässerungen und Drainage, und zwar so, daß namentlich die Entwässerungen als das wichtigere betrachtet, Bewässerungen schon mehr facultativ angesehen, und die Drainage ganz den Einzelnen überlassen. Ubbelohde hat dafür eine, wenn auch nicht vollständige Zusammenstellung gegeben p. 54, 55; ähnlich Schenk p. 50—70. Das bairische und badische Gesetz, eben so das coburgische fordern zwei Drittel Stimmen der Betheiligten, um die Genossenschaft zu bilden; Weimar (Glaß p. 72) fordert sie nur bei Bewässerungen; Hessen und Kurhessen bei bloßer Mehrheit; Hannover bei Entwässerungen Mehrheit, bei Bewässerungen zwei Drittel; Drainage wie in Preußen reine Privatsache. Es ist klar, daß hier noch kein durchgreifendes Princip gefunden ist. Warum aber weder Schenk, noch Ubbelohde, noch endlich Nieberding, dem es doch so nahe lag, die Vergleichung mit dem französischen Recht und seinen Associations syndicales herbeigezogen, bleibt nur durch den Mangel an systematischer Auffassung erklärlich. Die Unbestimmtheit des Hannover'schen Gesetzes vom 22. Aug. 1847 ist gut characterisirt bei Ubbelohde p. 33—35. Es wird zur Folge haben, daß man, wie gesagt, die Ent- und Bewässerung als ein Ganzes und die Wassergenossenschaften als das Organ für diese Aufgabe der Verwaltung selbständig und einheitlich zu behandeln. Das wird um so wichtiger, als der zweite Punkt in diesem Wasserrecht nun, wenigstens vom höheren Gesichtspunkte der Vergleichung, gleichfalls eine eigene Darstellung fordert.

Dieser Punkt nämlich besteht in dem Verhältniß der amtlichen Verwaltung zu jenen Genossenschaften als Organen der Selbstverwaltung.

Hier nun wäre der Punkt geweſen, das rheiniſche Recht in ſeiner Eigenthümlichkeit neben dem deutſchen hinzuſtellen, und überhaupt an das franzöſiſche Recht und ſeinen Bildungsgang anzuknüpfen.

Offenbar ſind Entwäſſerung und Bewäſſerung in unſerer Zeit als Forderungen des Geſammtintereſſes anerkannt. Die Verwaltung hat daher ihrerſeits die Pflicht und Aufgabe, für beide zu ſorgen. Dies iſt der Punkt, auf welchem das franzöſiſche Recht dem deutſchen im Allgemeinen, und ſpeciell dem preußiſchen voraus war. Denn ſchon das Geſetz vom 12.—20. Aug. 1790 ſtellt den Grundſatz auf, daß die „administration du département“ das Recht und die Pflicht habe, die Ent- und Bewäſſerung — die Franzoſen ſcheinen unter irrigation beides zu verſtehen — zum Gegenſtand ihrer Thätigkeit zu machen. Allerdings ſchließt dies Geſetz das Princip der Selbſtverwaltung nicht etwa aus, ſondern es ſchrieb ſchon damals vor, daß zu dem Zweck einer Genoſſenſchaft die association syndicale gebildet werden ſolle von den betheiligten Beſitzern, welche ſich einen Syndici wählen und demſelben die innere Verwaltung der Genoſſenſchaften übertragen. Allein in der That iſt dieſe association syndicale doch ſchon damals nicht mehr als ein ausführendes Organ der Behörde. Denn die Behörde iſt es, welche die ganze Ordnung beſtimmt und die techniſche Ausführung leitet; ſelbſt bei travaux d'urgence muß der syndic oder eigentlich directeur du syndicat dem Präfecten ſofort Bericht erſtatten. Die Anordnungen der Behörde ihrerſeits ſind hier ganz und gar Verwaltungsmaaßregeln mit öffentlichem Recht, und beziehen ſich deßhalb auch keineswegs bloß auf die Verhältniſſe des propriétairs der Mitglieder der Aſſociation, ſondern le pouvoir de l'administration est illimité pour tout à qui concerne la direction des rivières, plantation, digues, ouvrages (Räumung des Bettes) etc. „Les règlements préfectoraux doivent, autant que possible, ménager les intrits privés; mais ils ne sont pas tenu de les respecter.“ Der. 25. März 1852. Vingtain bei Block. Dict. v. Irrigation. Die Aſſociation hat daher nach dem franzöſiſchen Princip nur die Vertheilung der, aus der amtlich angeordneten Waſſerunternehmung entſtehenden Laſten und Vortheile an die einzelnen Betheiligten. Das nun iſt auch der Standpunkt des vom Verfaſſer §. 38 angeführten rheiniſchen Rechts auf Grundlage des Geſetzes vom 16. Sept. 1807, obgleich hier eine bei weitem größere Freiheit der Betheiligten ſtattfindet, wobei jedoch ſtets die auszuführenden Arbeiten ganz nach franzöſiſchem Princip von der Regierung ausſchließlich beſtimmt und nur die Ausführungen den Beſitzern überlaſſen werden.

Warum hat der Verfasser bei diesem Gesetze nicht das so nahe liegende oben citirte französische Recht herbeigezogen? Es ist kein Zweifel, daß das preußische Recht hier eine viel freiere Form hat, da die Regierung nach den Gesetzen von 1843 und 1853 sich nur die Genehmigung der Statuten und des Planes vorbehält, den Kataster aufstellt und die Ausführung im Allgemeinen überwacht, im Uebrigen aber die Betheiligten gewähren läßt. Wir haben seit drei Jahren in der „Austria" so ziemlich alle Statuten solcher Genossenschaften mitgetheilt, die in der preußischen Gesetzgebung erschienen sind. Wir erinnern uns aber nicht, jemals ein ähnliches Statut aus dem Gebiete des rheinischen Rechts gefunden zu haben. Ist denn dort die Bildung der freien Genossenschaften nicht zulässig? Der Herr Verfasser hätte das wohl bemerken sollen. Aber der gemeinsame Gesichtspunkt der Vergleichung fehlt für die beiden großen Rechtsgebiete in Preußen überhaupt, und speciell auch für das Wasserrecht, während derselbe z. B. bei Ubbelohde wenigstens für die deutschen Gesetzgebungen schon vorhanden ist, und sehr interessante Resultate bietet, die wieder den Mangel einheitlicher Gesetzgebung, durch eine einheitliche Theorie nicht ausgefüllt, zeigen. In Hannover z. B. bedürfen Entwässerungsanlagen nur ausnahmsweise der Genehmigung, Ubbelohde p. 35, Bewässerungsanlagen gar nicht, ebend. p. 36. In welchem Verhältniß die Widerspruchsberechtigten sich von den zu Expropriirenden unterscheiden ist nicht klar; gilt die Expropriation, so gilt der Widerspruch eben nicht. Doch würde es zu weit führen, auf Einzelnes einzugehen. Die eigenthümliche Bestimmung des §. 13 im Gesetze von 1843 hätte übrigens Nieberding jedenfalls nicht übergehen sollen.

Was endlich drittens die Drainage und ihr Recht betrifft, so findet hier zwischen dem preußischen und französischen Recht in gewisser Weise das umgekehrte Verhältniß statt. Während das französische Gesetz vom 10. Juni 1854 das Princip der freien Drainage, das Recht jedes Besitzers sein Wasser abzuleiten gegen eine Entschädigung; zugleich wird die Errichtung von Drainage-Genossenschaften ganz dem Systeme der Bewässerungsgenossenschaften als Associations syndicales zugestanden; eigenthümlich ist, daß die Entschädigungen hier nach dem Entschädigungsrecht bei den Vicinalwegen bestimmt werden (Ges. v. 21. Mai 1836). Nach preußischem Recht giebt es noch keine Drainage Genossenschaften, sondern der Einzelne muß sich zu dem Ende an die Entscheidung der Verwaltungsbehörde wenden (Ges. v. 11. Mai 1853). Warum hat der Herr Verfasser nicht darauf aufmerksam gemacht,

daß dies ein wesentlicher Mangel in dem Genossenschaftssystem des Wassers ist?

Sind auf diese Weise diese beiden Punkte erledigt, so bleibt für die Wassergenossenschaft nur noch ein dritter, im Princip sehr einfacher übrig. Derselbe bezieht sich auf den Schaden, den die Ent- und Bewässerung den auf die Triebkraft des Wassers angewiesenen Werken, namentlich den Mühlen, zufügen. Hier tritt das vom Verfasser characterisirte Entschädigungsverfahren ein, p. 107—109. Dabei läßt er die Frage unerörtert, ob die Vornahmen der Wassergenossenschaften den Character einer Expropriation oder bloß den einer Domäne haben. Das französische Recht ist sich wohl sehr klar, ihnen den ersteren zuzuschreiben; das preußische Recht scheint den letzteren vorwalten zu lassen. Der praktische Unterschied besteht darin, daß im ersteren Falle die Entwässerung vor der declaration d'utilité publique nicht vorgenommen werden kann, im zweiten der Anspruch des Mühlenbesitzers ein privatrechtlicher ist und daher die Vornahme der Arbeiten nicht stört. Das letztere scheint darum das Richtigere, weil man doch nicht vorher die Größe des Schadens ermitteln kann. Nach welcher Ansicht der Verfasser meint (p. 110), daß nach gemeinem Recht an der Stelle des schiedsrichterlichen Verfahrens bei der Entschädigung ein „polizeiliches" eintrete, ist uns nicht verständlich gewesen.

Das sind, wie wir glauben, diejenigen Punkte, welche im Wasserrecht unserem Jahrhundert angehören. Wir bezeichnen sie als das productive Wasserrecht, oder nach dem Organe, durch welches das letztere verwirklicht wird, als das Wassergenossenschaftsrecht. Es ist wohl gar kein Zweifel, daß es ein specifisches Element unserer Zeit, und ein neues und eigenthümliches Gebiet des Verwaltungsrechts des Wassers ist. Es ist falsch, wie unser Herr Verfasser gethan, es einfach mit dem übrigen Wasserrecht zu verschmelzen; dem entspricht weder die Geschichte noch auch das Wesen der Sache. Wir sind außerdem der Meinung, daß die Voraussetzung dieses Theiles stets eine gute Darstellung des Vereinswesens ist; leider ist uns noch keine andere bekannt, als die von mir in meiner Lehre von der Vollziehenden Gewalt gegebene; ein neuer Beweis dafür, daß auf dem weiten und so unendlich wichtigen Gebiete der Verwaltung eine gleichmäßige, organische Ausbildung aller Theile nothwendig ist.

Eben deßhalb nun glauben wir, daß es uns gestattet sein wird, hier die Gesichtspunkte oder Kategorien, unter welche sich alle auf das Wasserrecht bezüglichen Fragen gleichsam von selbst ordnen, oder das

Syſtem des Waſſerrechts zum Schluſſe als, wenn man will formale Grundlage aller Lehre vom Waſſerrechte aufzuſtellen. Es zeigt ſich dabei wieder, daß die Geſchichte ſelbſt einen weſentlich ſyſtematiſchen Gang durchgemacht hat, und daher ihrerſeits ſich mit dem poſitiven Recht auch hier in der natürlichſten Weiſe verbindet.

Das organiſche Syſtem des Waſſerrechts.

Das Princip alles Waſſerrechts liegt in demjenigen Moment des Waſſers ſelbſt, durch welches daſſelbe ſich ein, von den übrigen natürlichen Gegenſtänden verſchiedenes, ihm eigenthümliches Recht erzeugt.

So weit das Waſſer dies nicht thut, iſt es eben eine Sache, und unterliegt daher wie jede andere Sache dem gewöhnlichen Sachenrecht. Es iſt für dies Sachenrecht ganz zufällig, daß ſein Object Waſſer iſt. Das Sachenrecht des Waſſers iſt daher in der That gar kein Waſſerrecht; oder, es giebt kein eigenthümliches Privatrecht des Waſſers. Das iſt der ſtreng römiſche, wenn auch nicht in dieſen Worten ausgeſprochene Standpunkt. Alle Grundſätze der alluvio, der iusula, das Recht der Ufer, der Waſſerſervituten ꝛc. ſind daher privates Sachenrecht. Hier ſteht einfach der Einzelne dem Einzelnen gegenüber.

Das öffentliche Waſſerrecht oder das eigentliche Waſſerrecht beginnt dagegen da, wo die Natur des Waſſers daſſelbe als eine Bedingung des Geſammtlebens hinſtellt. Dies geſchieht nun nach dieſer Natur desſelben erſtlich durch die elementare Kraft und zweitens durch den Gebrauch des Waſſers. Das öffentliche Waſſerrecht iſt daher weſentlich die Ordnung des öffentlichen Gebrauches des Waſſers und bildet damit einen Theil der Verwaltungslehre, an die ſich die Verwaltungsthätigkeit zum Schutze gegen das Waſſer anſchließt oder ihr vorausgeht, wie man will.

Nehmen wir das Waſſer alſo zuerſt als elementare Kraft, ſo iſt die Organiſirung der Beſchützung der Gemeinſchaft durch gemeinſchaftliche Kräfte die erſte Aufgabe der Verwaltung. Wir nennen ſie theoretiſch den Waſſerſchutz, praktiſch das Deichweſen, und die in demſelben enthaltenen Rechtsverhältniſſe der Einzelnen das Deichrecht.

Das Waſſer als wirthſchaftliches Element hat nur vier Theile oder Formen, in denen es dem Ganzen dient, oder in die ſich der allgemeine Begriff des Gebrauches auflöſt. Es iſt zuerſt ein Communicationsmittel, dann iſt es ein mechaniſcher Motor, dann iſt es

ein landwirthschaftliches Element der Production, und endlich ein Element der Ernährung. Etwas anderes läßt sich nicht denken.

Die Verwaltung hat nun die Aufgabe, zuerst die Gränze des Einzelrechts und Einzelgebrauches gegenüber dem Gesammtbedürfniß zu bestimmen. Dieß geschieht im ersten Punkt durch die Schiff- und Flößbarkeit, im zweiten durch die Vorfluth, Stauung und Markpfähle, im dritten durch das landwirthschaftliche Bedürfniß, im vierten durch sanitäre Grundsätze.

Die Verwaltung hat zweitens demgemäß jene Benützungsformen gegen die verletzende Thätigkeit Einzelner zu schützen. So entsteht die Wasserpolizei, welche theils der Polizei der Communicationsmittel (Strom- und Canalpolizei), theils der Sicherheitspolizei (bei Stauungen ꝛc. als Sicherung des Eigenthums und des Gebrauchs), theils der Gesundheitspolizei (Schutz gegen Verunreinigung ꝛc.) angehört.

Die Verwaltung hat drittens nun die Ordnung des öffentlichen Gebrauches, das ist die Unterordnung des Einzelnen unter die Forderung des allgemeinen Bedürfnisses im Gebrauche des Wassers festzusetzen. So entstehen die eigentlichen Wasserrechte, bez. Wassergesetze. Diese beruhen darauf, daß anfänglich Wasser nur durch den Gebrauch als Verkehrsmittel öffentliches Wasser wird, was schon die Römer kennen und ausbilden; dann durch den Gebrauch als Triebkraft, germanisches Recht; dann durch den Gebrauch für landwirthschaftliche Production — unser Jahrhundert. Das Wasserrecht bestimmt dabei die Gränze zwischen dem Einzelnen und der Gesammtheit eventuell die Entwöhnung des Einzelrechts im Interesse der Gesammtheit (unser Jahrhundert).

Endlich hat die Verwaltung die Organe zu bestimmen, welche diese Verwaltungsaufgaben vollziehen. Diese sind beim Wasserschutz die Bau-Organe, bei den Wasserstraßen theilweise, theils die Sicherheits-Organe; bei der Triebkraft tritt, da es sich um das Recht eines Einzelnen gegenüber der Gesammtheit handelt, das Gericht ein; bei den Ent- und Bewässerungen die Wassergenossenschaften unter Mitwirkung und Oberaufsicht der amtlichen Verwaltung; beim Trinkwasser endlich die Gemeinden. Das was in diesem Gebiete darzustellen ist, erscheint daher theils als Organisation des Wasserwesens, theils als Competenzverhältnisse, und bildet systematisch die Vollziehende Gewalt für die Wasserverwaltung.

Es wäre viel gewonnen, wenn man sich in dieser Weise dahin einigen könnte, daß man als Criterium der Richtigkeit des Systems die Vollständigkeit und Einfachheit, das ist das Verhältniß, nach welchem jeder Theil in demselben von selbst seinen Platz darin findet und einer den andern erklärt, anerkennen wollte.

XI.

Das künftige Waſſerrechtsgeſetz für Oeſterreich

mit aphoriſtiſchen Bemerkungen.

Vom Herrn Dr. Karl Jicinsky.

I. Artikel.

Es muß insgemein als bekannt vorausgeſetzt werden, daß ein neuer Entwurf eines zu erlaſſenden Waſſerrechtsgeſetzes in der letztverfloſſenen Landtagsſitzung von der Regierung den einzelnen Ländern vorgelegt und an mehreren Orten auch ſchon beſprochen worden iſt, ohne daß jedoch die Debatten über die Kompetenzfrage oder über die Generaldebatte hinausgekommen wären. Im Landtage von Unteröſterreich mußte ſich der Entwurf ſogar eine Verwerfung gefallen laſſen.

Jedenfalls ſind unſere Waſſerrechtsverhältniſſe zu einer für jeden Zweig der Induſtrie wichtigen Tagesfrage geworden, welche in der nächſten Seſſion in den verſchiedenen Landtagen zur Debatte und zur Erledigung kommen wird und kommen muß. Wir glauben hierin ſattſam Motiv und Rechtfertigung vor dem geneigten Leſer gefunden zu haben, um dieſe Angelegenheit hiemit auf die Tagesordnung im Parlamentsgebäude der Theorie zu bringen, und uns in der ehrenwerthen Verſammlung wiſſenſchaftlicher Männer das Wort zu erbitten.

Es kann nicht unſere Abſicht ſein, uns in eine ſyſtematiſche Bearbeitung des Waſſerrechtes einzulaſſen; denn, wer die letzten Arbeiten eines Romagnoſi, eines Pözl, Endemann, Nieberding, die früheren eines Elvers, Giovanetti, Daniel, Nadault und A.

kennen gelernt hat, wem es bekannt ist, daß die Franzosen schon über einzelne Dienstbarkeiten, wie z. B. über Scheidemauern, über das Traufrecht mit minutioser Gewissenhaftigkeit und einem Scharfsinn ganze Bücher schreiben können, als gälte es völkererschütternde Probleme; muß umsomehr zugeben, daß das Wasserrecht — insbesondere in Oesterreich — nicht in den Rahmen einer Behandlung gedrängt werden kann.

Vielleicht wäre eine solche Arbeit sogar verfrüht, und daher minder nützlich als vorbereitende Studien. Letztere scheinen bei der Verschiedenartigkeit der bestehenden Wasserverhältnisse in Oesterreich um so nothwendiger, als unsere Literatur bisher äußerst wenig geliefert hat. Dieser Mangel gehöriger Vorbereitung möge sowohl entschuldigend als rechtfertigend dafür wirken, daß wir den Umfang unserer Abhandlung nur auf die besondere Berücksichtigung Böhmens, dessen Wasserrechtsverhältnisse uns näher bekannt sind, beschränken.

Die Engländer behaupten, daß man die Kultur der Völker nach der Größe des Verbrauches an Seife erkenne, und wir möchten daneben behaupten, daß man die volkswirthschaftliche Kultur eines Volkes nach dem Verbrauche oder besser Gebrauche der im Lande disponiblen Wasserkräfte erkennen könne. Da die Regelung des Wassergebrauches ein Wassergesetz voraussetzt, so können wir auch im übertragenen Sinne sagen, daß wir ein Volk nach seinem Wassergesetze taxiren können Damit hätten wir freilich auch Oesterreich ein trauriges Urtheil gesprochen, insbesondere wenn wir bedenken, daß die oberitalienischen sehr vortrefflichen Statute, das preußische und das bayerische Gesetz (die, nebenbei gesagt, erst einige Jahre alt sind) an unseren Gränzen gehandhabt werden. Aber, es ist nun einmal so. Der Landwirth kennt oder mag die *chemischen* Kräfte des Wassers nicht kennen, der Industrielle möchte wieder zu den *physischen* Kräften gelangen, und kann es nicht vor privatrechtlichen und administrativen Hindernissen, auf den *Wasserstraßen* wieder schwimmen die Privilegien in subventionirter und garantirter Ueberhebung stromauf- stromabwärts, und wem das Wasser eine *Last* ist, dem bleibt nichts zu thun übrig, als die Faust im Sacke zu ballen, weil er gegen seine Nachbarn ohnmächtig ist. Das Wasser endlich ist ein Stoff, der durch seine zwiefältige Natur — er ist nicht Luft, nicht feste Erde — der modernen Juristerei am längsten entgangen ist; man hat darauf vergessen. Erst die alles bezwingende industrielle Konkurrenz hat die Menschen in allerletzter Zeit dazu gebracht,

einzusehen, welche schätzbare Kräfte da brach liegen, die für das materielle Wohl des Volkes verwerthet werden könnten. Indessen haben aber unsere weniger aufgeklärten sozialen Verhältnisse vermittelst des Privatrechtes alles Mögliche gethan, um die Sachlage recht zu verwirren, und den Uebergang zu geordneten Zuständen recht zu erschweren. Das frühere Feudal-, das spätere Patrimonialwesen, das beschränkte Städte- und Gemeindewesen hat auf Grundlage früherer sozialer Einrichtungen, Privilegien und Freiheiten, durch Belehnungen, Verleihungen und Schenkungen, aber auch durch Verjährung und Ersitzung Rechte erworben, die nun einmal nicht anzutasten sind. Das ist also das nicht geringe Problem der praktischen Gesetzgebung, und ganz gewiß auch der Theorie, falls sie die irdische Wohlfahrt konkreter Menschen und konkreter Staaten im Auge hat, daß sie den alten Stoff in die neue Form hineintragen muß. Das ginge aber vielleicht noch, wenn die Geschichte nicht in jedem Landestheile andere Verhältnisse geschaffen hätte, die alle dieselbe Forderung auf Berücksichtigung an das neue Gesetz stellen.

Unsere Regierung setzte in Wien eine Kommission zusammen, welcher sie den Entwurf eines Wassergesetzes auftrug. Da uns nun, durch die außerordentliche Zuvorkommenheit des Herrn Referenten (Hrn. Hofrath W....), dem wir hiemit unseren tiefsten Dank öffentlich ausdrücken, nicht blos das Motivenelaborat, sondern noch so viele schätzenswerthe Mittheilungen zugekommen sind, so sind wir im Stande mitzutheilen, daß auf Veranlassung jener Kommission bei jeder Statthalterei besondere Kommissionen eingesetzt wurden, welche um ihre Wohlmeinung angegangen, der Central-Kommission das nöthige Material über spezielle Verhältnisse liefern sollten. Das gab ein Quodlibet von Bemerkungen, Ansichten und Behauptungen, auf welche wir noch später zurückkommen müssen.

Es entsteht die Frage, was hier zu thun sei?

Entweder man stellt eine Art Durchschnittsgesetz hin, das zwischen allen stehend, keinem Landestheile genügend, und allen Gewalt anthuend, für sich den Vortheil der Einheit hervorkehrt, — oder man läßt jedem Landestheile, der in der That eine besondere Gestaltung für sich als historische Entwicklung aufzuweisen hat, das Recht, sein eigenes Gesetz zu bauen. Jeder Jurist weiß, wie nachtheilig für Recht und Wohlfahrt die Verschiedenheit der Gesetze ist und wünschte daher die Einheit, wenn andererseits die Misachtung gegebener Verhältnisse und das eigensinnige Durchsetzen theoretischer Systeme nicht ebenso schädlich wäre. Aus diesem argen Dilemma ist — so scheint es — nicht anders

herauszukommen, als wenn man die Einheit des Gesetzes preisgibt unter der Bedingung, daß **Vielheit** und **Verschiedenheit** nur in den allerletzten Enden, nicht aber in den obersten Prinzipienfragen dasselbe sei.

Wir erinnern uns hiebei an das Handels- und Wechselrecht in Deutschland, und bemerken, daß es soviel Gesetze als Staaten gibt, aber dennoch nur Ein Recht; und würden daher jenes Gesetz für das praktisch-nützlichere halten, das vor allen andern den letzten Besitzstand im Wasserrechte schützt, anerkennt, und zur Basis des Gesetzes macht, das daher in jedem Landestheile den verschiedenen Verhältnissen auch besondere Berechtigung zuerkennt. Es wird nur darauf ankommen, ob jene Garantie der Prinzipieneinheit erreichbar ist, und wie? Nun es scheint, daß sie erreichbar ist und zwar dadurch, daß es eben die Regierung ist, welche die Entwürfe an die Landtage ergehen läßt, und jene Aufgabe erfüllt, welche die Gesetzgebungs-Kommissionen in Nürnberg, Frankfurt, Hannover und Dresden seiner Zeit in Sachen deutschen Rechtes übernommen hat.

Es ist von Wichtigkeit über diese Frage in's Reine zu kommen, weil von ihrer Beantwortung die Methode der Behandlung abhängt. Stellt man sich auf den abstrakten Standpunkt, so ist die Aufgabe eine leichte, denn man stellt zu oberst den Satz hin: Jegliches fließende Wasser, das bis jetzt seinen Herrn gehabt hat, hat von nun an keinen mehr, es gehört der Gesellschaft im Staate; — und deduzirt nur einfach die Folgesätze. Das aber heißt allerdings den Knoten unter dem Wehe! der bisher Berechtigten zerhauen, nicht lösen. Stellt man sich aber auf den historisch-vermittelnden Standpunkt, so wird man die bisherige Gesetzgebung nicht außer Acht lassen dürfen, und wird nur aus ihr und dem bisherigen Stande der Sache in jenen übergehen dürfen, der dem modernen Rechte und der modernen Volkswirthschaft unter gegebenen Umständen entspricht.

Dieser letztere Weg scheint uns der einzig praktische, ja der einzig mögliche; zum Beweise dessen dient gerade jener dementirende Beschluß des Wiener Landtages, nach welchem das Gesetz so gut wie abgelehnt worden ist, obwohl aus ihm das aufrichtige Bestreben hervorleuchtet, das Niveau der Neuzeit zu erreichen, und man ihm sonst die Anerkennung nicht versagen darf.

Die Kardinalfrage des Wasserrechtes ist immer die: Wem gehört das durch die Natur gewährte Wasser? Es ist auch jene, welche der genannte Entwurf in den ersten Paragraphen zu beantworten sich ab-

müht. — Die reine Theorie antwortet darauf ganz richtig so: Jedes körperliche Ding auf Erden, dessen Besitznahme fysisch möglich ist, muß, wenn es Eigenthum werden soll, auch in der That in Besitz genommen worden sein*). Existirt also ein Gesetz, welches Jemandem das Eigenthum über einen Fluß, d. i. über natürlich fließendes = nicht in Besitz genommenes Wasser zuspricht, so ist das ein Machtgeboth ohne natürlichen und auch ohne rechtlichen Hinterhalt, es ist ein fiktives Recht, welches — wohlbemerkt nur in Händen eines Privatrechtssubjektes — im heutigen Rechtssysteme keinen Platz finden kann und darf. Heißt es also: Flüsse, Bäche, Teiche u. dgl. gehören den Patrimonialdominien, so ist das ein Gesetz, das schrill in unsere Zeit herüberguckt. Damals konnte man so etwas wohl denken, denn die Herrschaft war ein Stück Staatsgewalt, sie hatte Regalitäten an sich, jetzt ist sie Großgrundbesitzerin, und mit der Regalität schwand die Oberhoheit. Niemand kann nunmehr sagen: Die springende Welle, die jetzt da und im Nu dort schon ist, ist mein, ohne sich ein Wenig komisch gemacht zu haben, ebenso wie jener ein Habenichts ist, über dessen Grundstück viele Kubikmeilen Luft, nebst sehr viel Kohlensäure, Ammoniak, verschiedene werthvolle Gase schweben, Wolken und Sonnenstrahlen dahinschießen. Dadurch, daß Wasser über meinen Grund fließt, ist dieses noch nicht mein, sondern es kann erst mein werden, weil es mir von Niemanden gewehrt werden kann, es zu ergreifen und für mich *festzuhalten*. Um diesen Ausdruck: festhalten, meinem Willen unterwerfen, dreht sich das ganze Wasserrecht.

Was ich an Wasser festhalte, ist mein Eigenthum, was ich nicht festhalte oder nicht festhalten kann, ist Niemandes, kann aber Jedermanns Eigenthum werden, wenn er es ergreifen mag.

Dasjenige Wasser also, welches fließt, steht — nicht im Eigenthume des Staates, denn um das zu werden, müßte es auch von Staatswegen ergriffen und in Besitz gebracht werden, sondern — nur unter der Oberhoheit des Staates, und es *kann* der Staat alle jene (politischen) Rechte am fließenden Wasser ausüben, die aus der Oberhoheit deduzirt werden, also auch Regale und sogar Monopole, obwohl die Volkswirthschaft auf das Bedenkliche derselben sattsam hinweist. Wenn also der Staat auch keines dieser Rechte ausübt, so bleibt ihm immer die Oberhoheit über jenes Ding, das noch keinen Herrn hat,

*) Siehe hiezu den §. 5 des bürgerl. G. B.

und in vielen Fällen gar keinen haben kann. Das römische Recht sagt deshalb es sei res communis omnium, unser Gesetz nennt es: öffentliches Gut, und in den Wassergesetzen spricht man von öffentlichem Gewässer im Gegensatze zum privaten. Aus dem Oberhoheitsrechte an fließendem Wasser folgt für den Staat, wie gesagt, noch kein Eigenthum, aber die Forderung an das private Recht und die Rechtssubjekte, daß das, was die Natur kurzweg als erschaffen hingesetzt hat, als solches in seiner Natur und Wesenheit auch unverletzt geachtet, uns erhalten werde. Der Staat kann fordern, daß der Fluß als Fluß in seiner Größe, daß der See, daß der Bach 2c. das bleibe, was er ist, nämlich Fluß, See und Bach 2c.

Obgleich man es nun mit keinem Eigenthume in streng juristischem Sinne zu thun hat, so wird doch aus mehr äußeren und opportunen Gründen das Wasser in Beziehung auf Eigenthum in öffentliches und in privates Wasser eingetheilt, wobei ersteres dem Staate, letzteres dem Eigenthum der privaten Rechtssubjekte zugeschrieben wird.

Diese Eintheilung finden wir in allen neueren Wasserrechtsgesetzen*), und sie wird von allen mit Recht für sehr wichtig gehalten, nicht darum, weil sie auch in der Theorie vorkommt, denn, wie wir eben gesehen haben und sehen werden, ist sie in der Theorie selbst nicht ganz richtig, und in der Praxis wäre sie an und für sich sehr irrelevant; wichtig ist sie nur darum, weil sie eben eine Nothbrücke ist, um aus dem alten feudalen Zustande in einen neuen herüberzuleiten, und nur deshalb ist ihre Annahme anzurathen, wie wir gleich sehen werden.

Donationen, Landtafelurkunden, Stiftungen und die alten Rechtsbücher in Böhmen beweisen sattsam, daß das volle Eigenthum an fließendem Wasser vom Mittelalter anzufangen bis auf die neuere Zeit (verneuerte Landesordnung Ferdinands II.) den Obrigkeiten zugeschrieben wurde. Diese juristische Unmöglichkeit müssen wir dem naiven in exakter Wissenschaft unerfahrenen Zeitalter zu Gute halten. Man wußte damals eben nicht, was mit dem Wasser anzufangen, weder um es auszunützen, noch um sich dessen zu entledigen. Indem man schenkte, kaufte 2c. immer in der Meinung, man verfüge über Eigenthum, verschenkte und verkaufte man doch nur gewiße nutzbare Rechte, die am Wasser hafteten, und wenn man auch sagte: Der Fluß sei Dein, so meinte man doch nur Fischerei, Mühlgewerbe, Ueberfuhr, Goldwäscherei und jene Gebrauchsrechte, welche damals Geld eintrugen. Was noch sonst

*) Sachsen-Weimar und Gotha ausgenommen, denn sie sind dieser schwierigen Definizion gänzlich ausgewichen.

am Wasser haftet, daran dachte man eben nicht weiter, und ließ, sobald es nur keinen Schaden trug oder keinen Gewinn vereitelte, gewähren. Das, was sie damals in guter Meinung Eigenthum nannten, war doch nur irgend ein Recht, das zwar Theil eines Eigenthums sein kann, aber noch nicht dieses selbst ist. Das ist historische Thatsache, daneben ist aber ebenfalls Thatsache, daß schon sehr frühe die Flösserei, Holztrift und Schifferei durch die Landesgesetze vom Staate aus normirt und männiglich freigestellt wurde. Es heißt: der Fluß ist wässerige Landstraße, und auf dieser auf und nieder zu fahren darf von Niemand gehindert werden*). In späteren Gesetzen, wie namentlich in den Stadtrechten von 1536 sind in dem Kapitel von den Dienstbarkeiten ähnliche Grundsätze in Bezug auf Schiffahrt und Wasserleitung ausgesprochen worden, und einen ganz entschiedenen Schritt gegen die Regalität der Obrigkeiten zu Gunsten des allgemeinen Besten machte die erneuerte Landesordnung im A. O. XLVI. u. ff. Seit jener Zeit erschien eine Reihe von Verordnungen, Gesetzen und Patenten, welche diesen Grundsatz nicht nur bestätigten, sondern nur noch mehr ausdehnten, so daß die Konzessionen zu Unternehmungen, wobei Wasserrechte verliehen wurden, immer mehr von der Staatsgewalt ausgingen. Das Patrimonialgericht war hiebei allerdings, wenigstens bei Mühl-, Floß- und Ueberfuhrgerechtsamen, die erste, aber nicht die letzte Instanz; kamen daher Unrichtigkeiten vor, nach denen die Obrigkeiten bei Errichtung von Mühlen, Walchen, Stampfen, Waschwerken u. dgl. unter Berufung auf ihre Oberhoheit einen Zins einforderten, so geschah es in allen Rekursfällen, daß die Hofkanzlei die Obrigkeiten mit ihrer Forderung rund abwies. Wie sich dieses Vorgehen mit einem Eigenthume am fließenden Gewässer und der Oberhoheit, welche merkwürdigerweise politisch immer noch als unangetastet galt, verträgt, das zu erklären überlassen wir dem Scharfsinne(?) jener juristischen Rokokkozeit, und konstatiren nur, daß sich neben dem sogenannten Eigenthume am Gewässer die wahre Natur der Dinge, d. i. die Oeffentlichkeit der Wasserstraßen immer unwiderstehlicher Bahn brach. In vielen Fällen freilich, wo der Konzessionswerber entweder aus Unkenntniß der Gesetze, oder aus Ungeschick in juristischen oder administrativen Dingen, zumeist aber aus wohlbegründetem gänzlich prosaischen Respekt vor den leitenden Patrimonialbeamten, der als erste politische Instanz den armen Unterthan ganz in Händen hatte, und Partei

*) Die Wladislaw'sche Ld.-Odg. v. 1500 §. 552 diene nur als Beispiel.

und Richter in einer Person war, vorging, hatte er sich zur Zahlung eines Zinses freiwillig verstanden, und es sind faktisch mehrere solcher Leistungen bis zum Ablösungsgesetze von 1848 stehen geblieben. Auf diese Fälle berufen sich noch viele, um heutzutage den Beweis herzustellen, daß die Großgrundbesitzer noch immer im (nunmehr privaten) Eigenthum der Gewässer stehen, und es sind dieserhalb in den letzten Jahren mehrfache langwierige Rechtsstreite entstanden, die jedoch (unseres Wissens) zu Gunsten der Oeffentlichkeit ausfielen.

Es würde uns zu weit führen, wenn wir noch den Einfluß des bürgerl. G., der Mühlordnung von 1814, der Navigazionspatente für Böhmen von 1777, 1805 und 1841 auf diese Rechtsfrage darstellen wollten, es drängt zum Wassergesetzentwurfe selbst zu gelangen, und hier das zum Verständnisse Nothwendigste nur anzuführen.

Bei dem Jahre 1848 angelangt, können wir behaupten, daß fließendes Gewässer im Eigenthume des Staates war, daß jedoch den Obrigkeiten an demselben einige Rechte (Fischerei, Mühlrecht, Ueberfuhren u. A.) zustanden. Die Aenderungen, welche in dieser Beziehung das Entlastungspatent insbesondere an den bestehenden emphyteutischen und nichtemphyteutischen Mühlen hervorbrachten, dürfen im Allgemeinen als bekannt vorausgesetzt werden; die Regierung sah sich deshalb veranlaßt, nur bezüglich der Fischerei durch einen Erlaß vom 31. Jänner 1852 zu bestimmen, daß dieserwegen alles in statu quo ante 1847 bleiben solle.

Indessen hat, wie schon gesagt, die Regierung und hiebei implicite auch die Obrigkeit vor dem Jahre 1848 als politische Instanz, und als Gutsherrschaft (Mühlordg. 1814 §§. 1 u. 2) im Verlaufe der Zeit Konzessionen, und hiemit gewiße Bezugs- und Nutzungsrechte am Wasser an verschiedene Private, als: Müller, Fabrikanten, Gewerbs- und Handwerksleute, an Holzhändler und Fischer u. A. verliehen, so daß Wasserrechte oder Rechte an fließendem Gewässer insbesondere an Wassergräben, Bächen, Kanälen, Röhrenleitungen, Mühlgräben, Bewässerungsanstalten, Bädern ꝛc. — abgesehen von allen jenen schon ursprünglich privat gewesenen und durch Kauf, Vertrag, Dienstbarkeit u. s. w. in Privathände übergegangenen Wasserrechten an nicht fließendem Wasser (Quelle, Brunnen, Teich) — in Wirklichkeit in Privathände gekommen sind, und daß vieles fließende Wasser Privatwasser geworden ist, oder daß endlich die Obrigkeiten selbst industrielle Werke errichtet haben, und de facto und de jure ein Eigenthumsrecht am Wasser durch politische Konzessionirung von früher her, oder erst jetzt erlangt haben.

Unter diesen Berechtigungen am Wasser nun gibt es viele, ja die meisten, welche den Gebrauch und den Verbrauch eines zufließenden Wassers ganz allein und ausschließlich für sich beanspruchen, so z. B. Trinkwasserzuleitungen, Mühlgräben und Mühlbäche, große Brauhäuser u. ähnl. und man kann sagen, daß dieses gesammte fließende Wasser im Bache oder im Flüßchen oder in der Leitung überhaupt, wirklich Privatgewässer ist.

Man wird also daraufhin alles Wasser, welches entweder a) *festgehalten* schon nach den natürlichen Grundsätzen des Privatrechtes, oder b) *fließend* vermöge der Verleihung durch die politische Behörde in das Privatrecht übergegangen ist, für eigenthümlich erworben, d. i. für *Privatwasser*, alles Uebrige jedoch für *öffentliches Gewässer* ansehen und erklären können.

Dem entgegen hat der Entwurf Privatwasser und öffentliches Wasser folgendermaßen definirt: Zum Privateigenthume des Grundbesitzers gehört: a) das sich auf seinen Grundstücken aus atmosphärischen Niederschlägen ansammelnde Wasser; b) das in seinen Grundstücken enthaltene unterirdische und das aus denselben zu Tage quellende Wasser mit Ausnahme der dem Staatsmonopole unterliegenden Salzquellen und der zum Bergregale gehörigen Cementwässer; c) das in Cisternen, Brunnen, Teichen und anderen in oder auf der Erde angebrachten Behältern eingeschlossene Wasser, und d) die Abflüsse aus vorstehenden Gewässern, so lange sich erstere in ein öffentliches oder fremdes Privatgewässer nicht ergossen und das Eigenthum des Grundbesitzers nicht verlassen haben.

Gegen diese Punkte ist nichts einzuwenden, denn es ist klar, daß jedes Gewässer, welches als ein Geschenk der Natur auf eigenem Grund und Boden hervorkömmt nach Maßgabe des bürgerl. G. als Zugehör zu betrachten ist, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Gabe vom Himmel herab oder von der Unterwelt nach aufwärts, natürlich oder künstlich gefördert wird. Aber darauf kommt es an, ob der Eigenthümer des Grundes das Zugehör, welches unter die flüchtigen Dinge zählt, wie das Wild oder ein Bienenschwarm, auch festhalten, d. h. als *sein* behalten will. Will er das nicht, so läßt er das Erhaltene wieder aus seinem Grunde und aus seiner Hand heraus. Eigenthum wird es dadurch, daß es in gegrabenen Brunnen, in Rinnen, in Cisternen, in Teichen, in Leitungen gehalten, oder überhaupt dem Willen unterworfen wird. Endlich läßt sich das auf eigenem Grunde entstandene und nunmehr abfließende Wasser auch dann noch als Eigenthum *an*

nehmen, so lange es noch über den eigenen Grund fließt. Läßt man es jedoch auf fremden Grund fallen, und entsteht für den Nachbar die rechtlich-gesetzliche Pflicht, das natürlich ablaufende Wasser aufzunehmen, so ist es um diese Prärogative geschehen, denn neben dieser Pflicht entsteht auch das Recht des Nachbars, daß der Abfluß nicht weiter mehr gestört werde. Daß also das Wasser in diesen Fällen Zugehör sei, hat nur die rechtliche Folge, daß es außer dem Grundeigenthümer niemand zum Eigenthume machen kann, so lange es den Grund nicht verlassen hat. Dieser Punkt des Entwurfes hat also wie wir sehen nicht viel praktischen Werth, weil Quellwässer nicht alle Tage hervorbrechen, und weil sich Eigenthümer abfließender Quellen beinahe alle in jenem Pflichtverhältnisse befinden. Nun ist es klar, daß fließendes Wasser, sobald es auch nur mit einem Ufer oder mit beiden den eigenen Grund verlassen hat, nicht mehr zu den Privatwässern gerechnet werden kann, weil die natürlichen Voraussetzungen des Zuwachseigenthums fehlen, und man muß von nun ab das Wasser (den Bach oder das Flüßchen) öffentlich nennen. Mit diesem taxativ gehaltenen §. 1 überwerfen sich jedoch die späteren Paragraphe, indem sie dennoch Privatwasser auch über den eigenen Grund hinaus annehmen.

Denn es heißt im §. 4 des Entwurfes, daß Flüsse und Ströme von da an, wo deren Schiffbarkeit beginnt, mit sammt den Seitenarmen öffentliches Gut werden; und im §. 5, daß Bäche und nicht schiffbare Flüsse sowie die nicht zur Schiffahrt dienenden Strecken der Flüsse und Ströme nur insofern öffentliches Gut sind, als das Eigenthum entweder kraft des Gesetzes (§. 1 lit. d), wenn nämlich der Fluß den eigenen Boden von der Quelle an noch nicht verlassen hätte, oder kraft eines besonderen Rechtstitels nicht zusteht. Also kann sowohl Bach als Fluß privat sein, wenn ein solcher Rechtstitel (und welcher wäre dies?) hinzukäme, ebenso kann z. B. auf dem Gebiete eines Großgrundbesitzers, welcher am Gebirge ungeheuere Strecken zusammenhängenden Waldes eigen nennt, der Fall recht wohl eintreten, daß noch auf eigenem Grunde die Quelle schnell zum Flusse wird. Während nun der erste Fall des Entwurfes mit dem Prinzipe desselben, kein Privateigenthum außer an der Quelle bis zum Verlassen des Grundes anzuerkennen, in Widerspruch geräth, schlägt der zweite Fall einer ganz liberalen Anordnung des bürgerl. G. §. 287: Flüsse ohne Unterschied ob schiffbar oder nicht sind öffentlich — in's Gesicht, indem nur die schiffbaren durch die Eigenschaft der Oeffentlichkeit, und selbst da, wie aus dem Weiteren folgt, nur mit Rücksicht auf die Schiffahrt, dem allgemeinen Gebrauche

zugänglich werden. Andererseits wird, was nach §. 5 als volles Eigenthum zugeschrieben wird, im §. 4 wieder vorweggenommen, denn es heißt, daß nicht schiffbare Strecken der Flüsse und Ströme theils nach §. 1 lit. d), theils kraft eines besonderen Rechtstitels Privateigenthum werden können, und doch behauptet wieder der vorgehende Paragraph, daß schiffbare Flüsse und Ströme sammt den Seitenarmen, welche eben jene nicht schiffbaren Strecken sein können, ohne Ausnahme öffentliches Gut seien.

Selbst dann, wenn man vor der Hand von diesen Widersprüchen absieht, um den leitenden Principien auf die Spur zu kommen, glauben wir, daß man zwei Gedanken festhalten wollte, ohne es doch gethan zu haben. Zuerst jedes Eigenthum auszuschließen, sobald einmal das fließende Wasser den umschließenden eigenen Grund verlassen hat, und zweitens die Oeffentlichkeit der Flüsse an das Kriterium der Schiffbarkeit zu knüpfen. Da beide Merkmale nicht korrelat sind, so würde man, bei Vermeidung jener Widersprüche, dennoch in argen Zwiespalt gerathen, weil man nicht wüßte, was die Flüsse vom Punkte des Verlassens des eigenen Grundes bis zu ihrer Schiffbarkeit sind. Dem Entwurfe haben noch außerdem vorgeschwebt: die theoretische Forderung, kein fließendes Wasser soll privat sein; das bürgerl. G.: alle Flüsse sind öffentlich; die politische Rücksicht, daß Flüsse dem Staate als Fahrstraße von erster Wichtigkeit sind; endlich die Sucht, den bisherigen Besitzern von Rechten auch eine Konzession zu machen, und hiezu aus allen Kronländern der verschiedene Stand des Besitzes mit wesentlich verschiedener Grundlage. Für alle diese Kreuz- und Querzüge einen Mittelweg zu finden ist unmöglich, es wäre denn man gibt sich mit Widersprüchen zufrieden!

Somit erwächst uns die Pflicht zu beweisen, daß wir zu jenen kritischen Ausstellungen berechtigt sind, indem wir dem minder Guten das Bessere entgegenstellen.

Privatwasser möge sein und heißen: 1. das als Zuwachs auf eigenem Grunde auftretende und durch Behälter festgehaltene Wasser, 2. das fließende Wasser, so lange es den eigenen Grund nicht verlassen hat, ohne zum Flusse herangewachsen zu sein, und in demselben Falle 3. das fließende Wasser, wenn es auch den eigenen Grund verlassen hätte, aber vermöge des bisherigen faktischen Genusses im Besitze eines Privatmannes ist, und jener Genuß vermöge seines Zweckes ein ausschließlicher ist. Jedes andere Gewässer ist öffentlich.

Dadurch erhält man den Vortheil, daß man Flüsse ausnahmslos öffentlich sein läßt, ohne doch die daran haftenden Privatrechte gestört

zu haben, denn auch an öffentlichen Gewässern bleibt der faktische Besitzstand ungestört, nur daß sich der Private neben seinem Rechte auch jene Konsequenzen gefallen lassen muß, welche die Oeffentlichkeit mit sich bringt. Ohnehin ist ein ausschließlich nothwendiger Genuß an einem Flußwasser nicht leicht denkbar. Der Vortheil ist auch weiter darin, daß fließendes Wasser als Privateigenthum auf ein Minimum reduzirt oder umgekehrt, daß das nazional-ökonomische Moment so viel möglich hervorgekehrt wird; braucht aber ein Privater in der That das gesammte Gewässer zu ausschließlichem Gebrauche oder Verbrauche z. B. eine großartige Brauerei die einfließende Quelle, oder eine Reihe von Mühlen an einem und demselben spärlichen Bache das Bachwasser, so wird dem rechtlichen Bewußtsein durch Anerkennung der privaten Eigenschaft der nöthige Tribut gezollt. Da aber der rationelle Satz: kein fließendes Wasser kann Privateigenthum sein, eine zwingende Nothwendigkeit in sich schließt, und gegen diese aus Gründen der Popularität und Opportunität gesündigt ist, so muß das Gleichgewicht dadurch hergestellt werden, daß man den privateigenen Bach oder Kanal ꝛc. mit den nothwendigen gesetzlichen Dienstbarkeiten belastet. Dies gilt namentlich im Punkte 2, weil am Ende jedes oder das meiste Gewässer nicht auf einem und demselben Grunde entsteht und wieder aufhört, sondern endlich irgendwohin abfließt. Mag nunmehr der Staat oder irgend ein Privater der Eigenthümer des weiteren Abflusses sein, so ist schon dadurch der Quellinhaber gebunden, das Eigenthum und somit den Abfluß von seinem Grunde zu respektiren. Es wird ihm immer freistehen, von seinem Wasser welchen Gebrauch immer zu machen, aber er wird sein Recht nie dahin ausdehnen dürfen, dem tieferen Nachbar das Wasser ganz zu entziehen, wenn dieser bereits Anlagen zu errichten und das Wasser zu irgend welchen Zwecken zu gebrauchen das Recht auf gesetzlichem Wege erworben hat; noch auch seinem Bache einen Lauf zu geben, wodurch der Nachbar Schaden leidet, noch auch Stauungen und Ueberfluthungen oder sonstige Störungen des natürlichen Abzuges zu bewirken. In dieser mathematischen Nothwendigkeit der Wirkung der Wasserkräfte liegt in der Theorie die Basis für die hauptsächlichsten Rechtsregeln des Wassergesetzes, kraft welcher sich die Besitzer des Wassers, insbesondere des fließenden, gewiße gesetzliche Servituten gefallen lassen müssen (Siehe Elvers' vortreffliche Abhandlung. Themis. N. F. II. Bd.).

Denken wir uns zur näheren Erklärung den in Böhmen an nicht schiffbaren Gewässern überaus häufig eintretenden Fall, daß aus dem

Walde des Großgrundbesitzers ein Bach entspringt, der in der Ebene angelangt in einem Teiche aufgefangen wird, von da rieselt der Bach über theils eigene theils fremde Grundstücke von Teich zu Teich, unter deren Dämmen oder im Verlaufe des Baches je eine Mühle steht. Bach und Teiche sind gutsherrlich. Die Mühlen sind alle emphyteutisch. Von diesen kamen seit dem Jahre 1849 nur jene zur Ablösung, welche nicht am Teichdamme, sondern im Verlaufe des Baches standen, weil die Teichmühlen durch die dem Gutsherrn freistehende Trockenlegung des Teiches in ihrer Existenz bedroht wären, was bei den anderen Mühlen nicht der Fall gewesen wäre. Sie zogen also vor, Mühlzins zu zahlen, dafür aber in ihrem Rechte des Wasserbezuges gesichert zu sein. Setzen wir den Fall, ein Gutskörper besäße gar keine Mühlen, so müßte er nach unserer Anschauung nach einem neuen Wassergesetze sein Eigenthum an dem Bache (nicht aber am Teiche) gänzlich zu Gunsten der Oeffentlichkeit verlieren, weil es nur in nomineller Weise nicht aber in faktischer Ausübung bestünde. Durch den Aufbau von Mühlen jedoch und die Emphyteusis daran hat er dies für immer verhütet, weil er ein Recht an dem Wasser des Baches für den Müller creirt hat, und dieses vom Müller ausgeübt wird. So lange nun die Emphyteusis nicht aufgehoben wird, bleibt auch das Obereigenthum unangetastet, bei den abgelösten Bachmüllern jedoch bleibt es ebenfalls unzweifelhaft, daß der Müller mit der Ablösung auch Eigenthümer des Baches bis zur nächsthöheren Mühle geworden ist, nicht etwa darum, weil im Ablösungsvertrage das Eigenthum besonders abgetreten worden wäre, sondern einmal darum, weil die Gutsobrigkeit dem Emphyteuten das Bezugs- und das Gebrauchsrecht abgetreten, und an diesem Bache nichts mehr für sich behalten hatte, und das anderemal, weil der Bach nicht öffentlich werden kann, da der abgelöste Müller das Recht auf den ungeschmälerten Gebrauch der gesammten Wassermenge überkommen hat. Dasselbe müßte geschehen, wenn es einmal zur Ablösung auch der Teichmüller kommen sollte, und diese mit sammt der Zinsablösung auch das Bezugsrecht des Teichwassers, oder gar den Teich selbst an sich lösen, der als ein geschlossener Behälter für unbestrittenes Eigenthum seines früheren Herrn betrachtet werden muß. Sollten späterhin einmal diese Mühlen aufhören, so müßte das Eigenthumsrecht stets aufrecht erachtet und der Dispozizion des früheren Eigenthümers vorbehalten bleiben, denn sie bilden, insbesondere was Wasserrechte betrifft, einen Bestandtheil des gesammten Besitzthums, auf dessen Bestand die Rechtsverhältnisse, insbesondere die Obligazionen, gebaut sind.

Noch auf eine Stelle des Entwurfes glauben wir der außerordentlichen Wichtigkeit halber hinweisen zu müssen. Es heißt im Motivenelaborat unter Berufung auf das bürgerl. G., §. 854, welches der Privatbäche erwähnt, und woraus zu schließen sei, daß es auch öffentliche Bäche geben müsse, man könne die bestimmte Lösung der Frage, welche Bäche öffentlich und welche privat seien, nicht anders geben, als durch die Festhaltung des Prinzipes: Bäche, Flüsse und Ströme sind öffentliches Gut, und erlangen die Eigenschaft öffentlicher Gewässer, sobald sie das Grundeigenthum, wo sie entsprungen sind, verlassen haben.

Würde dieser Grundsatz nur konsequent durchgeführt, so würde in der That dasjenige eintreten, was Blaschke in Graz, zur Wohlmeinung über den Entwurf aufgefordert, geäußert hat, und worauf auch das Motivenelaborat zurückkömmt, es käme nämlich praktisch auf dasselbe hinaus, ob man bei den Gewässern von dem Grundsatze des Privateigenthums ausgehe, und dieses im Interesse des öffentlichen Rechtes beschränkt, oder ob man Letzteres als Fundament aufstellt, dabei aber die ausgedehnteste Möglichkeit privatrechtlicher Nutzungen zuläßt. Es scheint aber durchaus unzulässig, wenn der Entwurf in den ersten fünf Paragraphen das Prinzip der Oeffentlichkeit festhält, um in den darauf folgenden schnell zum gegentheiligen überzugehen. Eines oder das Andere, dies meint Blaschke, aber nicht Beides zugleich. Nun heißt es im §. 6: Steht das Eigenthum eines fließenden Privatgewässers den Uferanliegern gemeinschaftlich zu, so ist ..... jeder Ufereigenthümer berechtigt, das an seinem Grundstücke vorbeifließende Wasser zu jedem beliebigen Gebrauche zu benützen unter folgender Beschränkung: —

Obgleich man nun nach der Fassung des §. 1 glauben sollte, es gäbe durchaus keine Privatgewässer über den eigenen Grund hinaus, so belehrt uns der §. 6 eines Anderen. Es gibt also dennoch ein derartiges Eigenthum? Wenn auch nur von den Flüssen zwischen zwei verschiedenen Gründen die Rede ist, so muß doch auch das Eigenthum dann ungeschmälert bleiben, wenn das Wasser von dem Quellengrunde ab auf einen zweiten aber an seinen beiden Ufern einem Eigenthümer gehörenden Grund fällt. Ist dieses der Fall, so würde sich der Entwurf auf den Grundsatz der meisten andern deutschen Wasserrechte beschränkt haben, wonach das Wasser erst mit der Schiffbarkeit öffentlich wird, dann aber steht es mißlich mit dem rigorosen Anlaufe, den er im Anfang gegen die Privatberechtigungen unternimmt. Wenn nun weiter zuerst das Eigenthum zuerkannt, und dann hintendrein versichert wird, der Eigenthümer könne das Wasser beliebig benützen, so ist diese

Versicherung überflüssig und naiv zugleich; sie wird aber störend durch den Widerspruch, man könne beliebig benützen, aber unter einer Beschränkung! Es ist klar, daß sich auch hier zwei einander aufhebende leitende Ideen gekreuzt und das Wasser getrübt haben. Es schien unbillig, ja ungereimt, daß zwei Ufereigenthümer das Wasser, welches doch als Gottesgabe ihnen so nahe an die Hand gerückt, ja zwischen ihrem Eigenthume eingeklemmt, von dem Zugange fremder Dritter abgesperrt ist, dennoch als unantastbares fremdes Gut ansehen, ja leiden zu müssen, wenn Fremde im gesetzlichen Wege Rechte daran erwerben, und sie, die vielleicht bisher als Herren desselben geachtet wurden, nunmehr das bloße Nachsehen haben. Also darum geben wir ihnen das Eigenthum, sagt der Entwurf. Doch dies widerspricht wieder dem Prinzipe der Oeffentlichkeit an fließenden Gewässern, daher müssen wir es im Nachfolgenden wieder beschränken. Er soll ein beschränktes Eigenthum haben. Darin glaubt der Entwurf die Lösung gefunden zu haben. Ehe wir zu den proponirten Beschränkungen kommen, wollen wir eine Lösung nach unserem oben aufgestellten Prinzipe versuchen, denn sie scheint uns einfach und leicht.

Der Satz: Respektire den jetzigen faktischen Besitz, löst den ganzen Zauber.

Sobald das Gewässer den Quellboden verlassen, und nun auf einem fremden oder zwischen zwei fremden Gründen weiter fließt, ist und bleibt es nach reiner Theorie öffentliches Wasser. Aber es wird darauf ankommen, ob Jemand, mag es nun der Uferanlieger oder beide gleichmäßig und gemeinschaftlich, oder endlich ein Dritter sein, irgend ein Recht an demselben schon ausübt oder nicht. Hat er es so muß weiter unterschieden werden, ob das Recht jeden weiteren Gebrauch ausschließt oder nicht. Im ersteren Falle nenne ich das Gewässer aus blos praktischen, populären und opportunen Gründen privat, spreche ich von Eigenthum u. s. w., da es im praktischen Rechtsleben in der That auf dasselbe herauskommt. Sind die Berechtigten die Uferanlieger selbst, nun so ist es recht, ist es ein Dritter, so kann man den Uferanliegern trotz allem und jedem kein Recht von fremdem Eigenthume zusprechen, wenn auch das Wasser ihre Ufer bespült. Ist der Gebrauch nicht ausschließend z. B. Baden, Fischen, Viehtränken, Sand heben ꝛc., oder reicht ein Bach bei großem Wasserreichthum für mehr als die berechtigten Gänge in der Mühle, Stampfe, Wäsche ꝛc., so muß die bestehende Berechtigung geachtet bleiben, und die Uferanlieger können, sowie im letzten Falle, daß gar keine Berechtigung am Bach-

wasser haften würde, von dem Wasser den gesetzlich gestatteten Gebrauch machen oder unter Gestattung der Administrativbehörde ihre Bauwerke, Bewässerungsanstalten beliebig errichten, nicht aber darum, weil dann der Bach ihr ist, sondern darum, weil seine Benützung als öffentliches Gewässer jedem, also auch dem Anlieger freisteht. Man scheut sich dies zu denken, weil man bemerkt, daß der Anlieger trotz Ufereigenthum und allerengster Beziehung zur Gottesgabe, dennoch auch nicht ein Atom mehr Recht haben soll, als der allerentfernteste Fremde. Allein mit Unrecht. Das Recht ist freilich um keinen Deut größer, aber die Natur und die Sachlage liefern ihm den Hauptvortheil in die Hand. Jeder Fremde müßte ja, um zum Wasser zu gelangen, eine Servitut erwerben, er müßte entschädigen, vielleicht bei Bauanlagen expropriiren, weit wegleiten, Geld und Kapital auslegen. Alles das muß der Anlieger nicht. Unter gleichen Umständen wird er also immer siegreich konkurriren müssen, wenn er aber seinen Vortheil nicht benützt, so ist nicht einzusehen, warum die Gottesgabe als Eigenthum eines Wirthes respektirt werden soll, der sie beharrlich verschmäht, oder überhaupt nicht benützt.

Nun wieder zum Entwurfe. Er will ein Eigenthum über den eigenen Grund hinaus, aber nur ein beschränktes — und als erste Beschränkung stellt er folgende hin: Es darf kein einem Anderen schädlicher Rückstau und keine Ueberschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke verursacht werden. Diese Beschränkung ist keine, so sich aus dem Wasserrechtsverhältnisse insbesondere, sondern aus dem vernünftigen und rechtmäßigen Gebrauche des Eigenthums überhaupt ergibt. Auch nach unseren bürgerl. Gesetzen könnte auf Besitzstörung oder auf Schadenersatz geklagt werden, wenn ich mein eigenes Wasser einen fremden Grund überschwemmen lasse, und nur für jenen Schaden wäre ich nicht verantwortlich, welcher durch den bloßen Gebrauch meines Rechtes innerhalb meines Gebietes einem Fremden erst auf mittelbar zusammenhängende Weise erwüchse; nur dann gelte der Satz: qui jure suo utitur .... Weil nun diese Beschränkung schon nach allgemeinen Begriffen sich von selbst versteht, könnte deshalb allein das Eigenthum noch kein beschränktes heißen, es wäre denn, daß man jedes Eigenthum für beschränkt erklärt. Sie findet sich zwar in den meisten Wasserrechtsgesetzen Deutschlands, aber offenbar nicht aus innerlicher juristischer Nothwendigkeit, sondern aus äußerlicher Opportunität.

Die zweite angeführte Beschränkung gebietet, es solle das abgeleitete und unverbrauchte Wasser, bevor es noch ein fremdes Grundstück

berührt, in das ursprüngliche Bett zurückgeleitet werden, es wäre denn, daß durch eine andere Ableitung den übrigen Wasserberechtigten kein Nachtheil zugefügt wird. Geht man von der Idee des Privateigenthums aus, so ist der Inhalt dieses Punktes im ersten Theile keine Beschränkung, und im zweiten sogar eine Berechtigung.

Denn es versteht sich abermals von selbst, daß ich bei der Errichtung von Anlagen meinen Nachbargrund nicht in Mitleidenschaft ziehen darf, dies gilt hier wie in hundert anderen Fällen, die vielleicht im Gesetze stehen, aber deshalb noch keine juristische Beschränkung bewirken, was doch der Entwurf direkte anstrebt. Die Bauordnung, die Gewerbeordnung, die Bergwerksgesetze enthalten ebensolche Bestimmungen, ohne daß Haus und Baugrund, Industrieetablissement oder Kux beschränktes Eigenthum wären. Der Entwurf spricht von dem, was der Eigenthümer auf fremdem Grunde nicht thun darf, und nennt dies Beschränkung, während er doch dasjenige hätte aufzählen müssen, was der Eigenthümer auf eigenem Grunde nicht vornehmen oder was der Fremde auf seinem Grunde vornehmen darf, trotzdem er sein Eigenthum ist, wenn er schon die Absicht hatte, dasselbe einzuschränken.

Der zweite Theil ist eine entschiedene Begünstigung des Wassereigenthümers, und daher ein grober Verstoß gegen das Prinzip der Wasseröffentlichkeit, ja sie ist geradezu eine Privilegirung; denn, wenn die Ableitung auf fremdem Grunde keinen Nachtheil zufügt, worüber nebenbei gesagt höchst wahrscheinlich immer eine Prozeßinstanz zu entscheiden haben wird, darf sie der Wassereigenthümer vornehmen, der Eigner des fremden Grundes leidet hiedurch eine servitus ex lege.

Ganz anders allerdings, wenn man davon ausgeht, daß das Wasser öffentlich ist; hier wird der Anlieger um die Konzession des Gebrauches einschreiten, und in dieser wird die politische Behörde zu bestimmen haben, wohin das geleitete und unverbrauchte Wasser zurückzuleiten sei, und dabei wird es allerdings auf ihren Ausspruch ankommen. Sie selbst aber wird dasjenige anordnen, was unter gegebenen Umständen das Zweckmäßigste ist. Dabei ist nun allerdings der Fall möglich, daß die Vortheile des Wassergebrauches größer sind, als die Benachtheiligung des fremden servitutspflichtigen Nachbars, der übrigens voll entschädigt werden muß.

Höchst eigenthümlich ist aber der noch von fließendem Privatgewässer handelnde §. 8. In fließenden Privatgewässern könne die Benützung des Wassers, welches der Berechtigte unbenützt läßt und zu seinem Gebrauche nicht benöthigt, von der Staatsverwaltung auch An-

deren, welche sich darum bewerben, zu wirthschaftlichen oder gewerblichen Zwecken überlassen werden.

Es ist klar, daß eine Sache, mit welcher so zu verfügen einem Nichteigenthümer, wenn es auch die Staatsbehörde wäre, zusteht, unmöglich Eigenthum heißen kann.

Denken wir den Fall, wie er hier zu Lande sattsam vorkommt, es fließe ein Bach zwischen ehemaligen Herrschaftsgründen auf heutigen Großgutsgründen, und ist unbestritten gutsherrlich, aber weder durch eine Mühle, noch durch Bewässerungsanlagen, noch auf sonstige Weise benutzt. Nun errichtet zuerst Jemand nach §. 8 des Entwurfes eine Mühle, ein anderer zieht Wasser auf eine entferntere Wiese, und der Rest geht in eine städtische große Bräuerei, die gesammte disponible Wasserkraft ist mit Beschlag gelegt, und da alle diese Entitäten unbestritten einen Gegenstand der öffentlichen Bücher machen, und Realrechte entstehen müssen, so ist klar, daß das Recht der Anstalten für ewig erworben, resp. das Recht des Bach-Eigenthümers für ewig verloren gelten muß. Mühle, Wiese sammt Röhrenleitung und die Bräuerei werden verkauft, übergehen von Eigenthümer auf Eigenthümer, mit ihnen zugleich die erworbenen Wasserrechte, und dabei soll der obige Gutsherr immer noch Eigenthümer heißen, ohne sich selbst auszulachen?

Es heißt allerdings im Paragraphe, er müßte entschädigt werden; allein sehr mit Unrecht so, weit richtiger hieße dies expropriiren, und darin liegt das einzig Richtige. Fließendes Wasser sei öffentlich, damit es aber öffentlich werde, möge es vom Staate auf Abschlag der vom Eigenthümer etwa faktisch ausgeübten Rechte und Nutzungen abgelöst werden.

Die Ablösung wird also eines jener Mittel sein, durch welche der alte Rechtszustand in den neuen hinübergeführt wird. Uebrigens wird dies nur in den selteneren Fällen einzutreten haben, und mehr zur Anerkennung des Eigenthums dienen, als zum entschädigenden Aequivalent, weil einerseits in den meisten Fällen die Gewässer, wenn auch nicht zur Gänze benützt werden, und die faktischen Nutzrechte aufrecht erhalten bleiben, andererseits, weil dem früheren Eigenthümer durch die Ablösung kein Schade erwächst, wenn er sein Wasser unbenutzt hat dahinfließen lassen.

Soviel von dem Unterschiede zwischen öffentlichen und Privatgewässern. Die übrigen Paragraphe des ersten Abschnittes (§§. 9—17) normiren die Bedingungen, unter denen der Gebrauch öffentlicher Wässer gestattet ist. Dieser ist nach dem Entwurfe doppelt: frei und konzessionirt.

Der gewöhnliche, ohne besondere Vorrichtungen vorgenommene Gebrauch des Wassers zum Baden, Waschen, Tränken, Schwemmen und Schöpfen, dann die Gewinnung von Pflanzen, Schlamm, Erde, Sand, Steinen und Eis, soweit dadurch weder ein fremdes Recht verletzt, noch Jemandem ein Schaden zugefügt wird, ist gegen Beobachtung der polizeilichen Vorschriften an den durch dieselben von dieser Benützung oder Gewinnung nicht ausgeschlossenen Plätzen in öffentlichen Gewässern Jedermann gestattet. Jede andere Benützung ..... bedarf der Genehmigung.

Die Oeffentlichkeit des Gewässers hat keinen anderen als einen national ökonomischen Sinn. Es soll nämlich getrachtet werden, die Kräfte des Wassers in allen ihren Richtungen möglichst auszunützen, und verhindern, daß irgend welche Kraft unbenützt daliege. Dies wird nicht dadurch erlangt, daß man das Gewässer dem Privateigenthum entzieht, um es hinterher auf sauve qui peut preiszugeben. Gerade hier, wo es sich darum handelt, dies werthvolle Geschenk der Natur, wie deren furchtbare Geißel zum menschlichen Besten zu kehren, liegt an der Ordnung des Ergreifens sehr viel, wenn der Zweck der Oeffentlichkeit nicht vereitelt werden soll. Man wird daher wohl zu unterscheiden haben, welche Arten des Wassergebrauches *ausschließlich* sind, und welche nicht. Bei jenen, wo keine Ausschließlichkeit stattfindet, ist auch die Gesetzgebung entbunden, eine Ordnung festzustellen; hier werden polizeiliche Vorschriften (und in vielen Fällen selbst diese nicht) nothwendig sein. Nicht so, wo der Gebrauch die Ausschließlichkeit mit sich bringt. Hier muß der Satz gelten: res cedit primo occupanti, oder: wer zuerst kommt, der mahlt. Manche dieser Gebrauchs- oder Benützungsarten am Wasser sind von großem Belange geworden, und wer weiß, ob der Entwurf gut daran gethan hat, sie den Polizeivorschriften anheimzugeben, und im Gesetze ihre einfache Freigebung zu erklären.

Es ist zwar durchaus nicht zweifelhaft, daß man das Baden, Waschen, Tränken, Schwemmen und Schöpfen (ohne besondere Vorrichtung), d. h. die Deckung eines unmittelbaren leiblichen Bedürfnisses in dem Momente des Bedarfes und für das einzelne Animal ohne weiteren Zusatz freizugeben hat, aus Gründen, welche anführen *zu müssen* schon eine Kränkung des allerursprünglichsten Menschenrechts wäre; zweifelhaft aber ist es bei solchen Flußprodukten, bei welchen im Laufe der Zeiten eine *gewerbliche* Ausbeutung entstanden ist oder entstehen kann. Gerade um diese Produkte so frei als möglich zugänglich

zu machen, ist es nöthig ihre Gewinnung zu normiren, weil ohne dem die Freiheit leicht vereitelt werden könnte, wie die Erfahrung lehrt. Es geschieht häufig, daß der Vorgänger die Möglichkeit einer ferneren Gewinnung theils zur Verhinderung der Konkurrenz, meist aber aus gewerblichem Neide dem Nachfolger absichtlich zu nichte macht, was unmöglich geschehen könnte, sobald die Gewinnung sowie der Bezug des Produktes im Gesetze näher definirt wird. Dabei muß darauf hingewiesen werden, daß der Bezug mancher Flußprodukte in neuester Zeit eine immer urgentere Wichtigkeit erlangt. So ist Sand, aber vor allem Anderen Eis in unseren Städten ein werthvoller, ein wichtiger, ein immer theuererer Artikel geworden. Aber auch Weidenruthen, Rohr, Schilf und Schlamm, besonders der letztere ist in der Landwirthschaft bei erhöhterer Entwickelung ein immer gesuchterer, gut bezahlter Artikel geworden. Wer am Flusse für sich Eis bricht, wird und muß ein Raubsystem einschlagen, er wird und kann sich nicht darum kümmern, daß und ob seine Nachfolger in kürzester Zeit möglichst viel Eis vorfinden, wenn die Eisgewinnung jedoch eine mehr *industrielle* Entwickelung erlangt, ohne deshalb schon ein ordentliches Gewerbe zu sein, so wird eine Stadt in der That in kürzester Zeit das möglichst meiste Eis einkellern können, d. h. die Wasserfreiheit wird etwas nützen. Bei gewerblichem Anstriche wird man aber die Vorschriften der Gewinnung etwas sorgsamer zusammenstellen müssen und dem Wassergesetze füglich nicht vorenthalten können.

Wir möchten also als Wunsch den Vorschlag machen, daß man die ausschließenden Gebrauchsarten, bei denen auch *ohne* besondere Vorrichtung eine gewerbliche Entwickelung möglich ist, von den nicht ausschließenden trennen, und nur letztere platterdings ohne Zusatz frei gebe, während die ausschließenden unter Berücksichtigung des allgemeinen Bedürfnisses in Beziehung auf die Bezugsweise zu normiren sind. Dieser Punkt hat noch eine weitere wichtige Konsequenz in Bezug auf geschlossene, wie in Bezug auf fließende Privatwässer. Die Gebrauchs- oder Nutzungsfreiheit ist nämlich darum Freiheit, weil es die Natur der Dinge und die Vernunft so gebieten, und darum werden dieselben Grundsätze, jedoch mit obigem wichtigen Unterschiede, auch für Privatwässer gelten müssen. Diejenigen Gebrauchsarten, welche nicht ausschließend sind, und ein unmittelbares leibliches Bedürfniß eines Individuums decken, werden auch in was immer für Privatwässern nicht geweigert werden dürfen, insofern sie sich *auf den Ueberfluß* beziehen, oder sonst keinen *wahrnehmbaren Schaden* verursachen. Man wird

auch in Teichen, in Wasserbehältern, in Privatbächen baden, waschen, Thiere schwemmen und daraus trinken können, man wird sogar aus Bassins, aus Brunnen und aus Quellen und wenn es selbst Mineralquellen wären, einen Trunk thun dürfen, man wird sich in dem Ueberflusse der Heilquelle, der immer noch als Privatwasser weiter fließt, auch baden, waschen und darin Vieh tränken und schwemmen können, man wird jedoch in der Quelle, in dem Brunnen, in der Cisterne, im Bassin ꝛc. selbst weder waschen, noch sich baden dürfen.

Was jedoch den Bezug der zweiten Art von Fluß-, Bach- oder Teichprodukten anbetrifft, so wird man, eben weil ein gewerbsähnlicher Bezug möglich ist, ohne empfindlicher Misachtung des Eigenthumsrechtes dieselbe Freiheit nicht anerkennen dürfen.

Jede andere als die im §. 9 angegebene Benützung der öffentlichen Gewässer — sagt §. 10 — sowie die Errichtung oder Aenderung der dazu erforderlichen Vorrichtungen und Anlagen, welche auf die Beschaffenheit des Wassers, auf den Lauf desselben oder auf die Höhe des Wasserstandes Einfluß nehmen, oder die Ufer gefährden kann, bedarf der vorläufigen Genehmigung der dazu berufenen Staatsbehörden. Diese Genehmigung ist auch bei Privatgewässern erforderlich, wenn durch deren Benützung auf fremde Rechte oder auf die Beschaffenheit, den Lauf oder die Höhe des Wassers in öffentlichen Gewässern eine Einwirkung entsteht.

Nach den von uns gegebenen Bemerkungen werden wohl auch jene Benützungsarten einer solchen Genehmigung bedürfen, welche ohne besondere Vorrichtung, oder ohne solchen, welche die Wirkungen des Paragraphen auf den Wasserstand ausüben, jedoch als *ordentliches Gewerbe* betrieben werden, was eben bei Flüssen leicht möglich ist. Was aber Privatgewässer betrifft, so kann das nur von jenen gelten, welche fließend und daher nach ihrer Natur eigentlich als öffentliches Gut behandelt werden sollten, wogegen bei nicht fließenden Gewässern, z. B. bei einem Teiche als vollem Eigenthume die Schädigung fremder Rechte resp. die Entschädigung dem Privatrechtswege wird überlassen werden müssen. Sollte aber ein öffentliches Gewässer einen Abgang an Wasser erleiden, so hätte die Staatsverwaltung dennoch niemals das Recht die freie Verwaltung an *stehendem* Privatgewässer durch irgend welche Genehmigungen zu behindern, ihr bliebe nichts übrig als zu expropriiren.

Man sieht, wie der Mangel einer richtigen Unterscheidung zwischen öffentlich und privat im weiteren Verfolge Nachtheile mit sich bringt.

Die Genehmigung theilt der Entwurf der Staatsbehörde zu. Wir behalten uns vor, über diesen Gegenstand in einem weiteren Aufsatze zu sprechen, können uns aber nicht versagen, zu bemerken, warum er Verhältnisse der staatsbehördlichen Kompetenz zuweist, die doch nach den so vortrefflichen Erfahrungen in Valencia, in Südfrankreich, in Piemont, in der Lombardie und in Holland von den Wassermagistraten eben so gut, ja noch weit besser besorgt werden. Sind denn doch die Wasserverhältnisse, man möchte beinahe sagen, häusliche Verhältnisse, über welche nur Nachbarn das trefflichste Urtheil abgeben können.

Wer soll die Launen eines dahinfließenden Wassers nach einem Regenguße ebenso wie zur Zeit der Trockenheit, bei der Teichfischerei und der Trockenlegung des Teiches ebenso wie bei voller Mühlarbeit, je nach Beschaffenheit der Erdarten und ihrer Widerstandsfähigkeit gegen die Wasserkräfte besser kennen, als die Nachbarn selbst? Der entfernt wohnende Beamte kennt wohl das Wassergesetz, aber nicht die Wasserverhältnisse, welche den Obersatz jenes bekannten Syllogismus liefern, der Landwirth, der ein Interesse daran hat, kennt aber beides, und darum ist auch nur er der befähigteste Urtheiler.

Dazu kömmt, daß die österreichischen Administrativgesetze eine solche Behörde bereits geschaffen haben, welche sich nach ihrer Stellung wie nach ihrer Zusammensetzung vortrefflich zu einem Wassermagistrate eignet, es sind dies die in Böhmen bereits wirksamen Bezirksvertretungen.

Sehr wichtige Bestimmungen bringen die beiden letzten Paragraphe des ersten Abschnittes; es heißt in §. 16: Wasserbenützungsrechte, welche in der behördlichen Verleihungsurkunde nicht ausdrücklich auf die Personen des Beliehenen beschränkt worden sind, gehen auf den jeweiligen Besitzer derjenigen Betriebsanlage oder Liegenschaft über, für welche deren Verleihung erfolgt ist. Die Abtrennung solcher Rechte von der ursprünglichen und deren Uebertragung zu einer anderen Betriebsanlage oder Liegenschaft darf nur mit Zustimmung der verleihenden Behörde stattfinden; — und im §. 17: Die von der Staatsverwaltung in öffentlichen Gewässern verliehenen Wasserbenützungsrechte erlöschen: a) durch Widerruf oder Ablauf der Zeit bei widerruflichen oder zeitlichen Wasserrechten; b) durch unterlassene Ausführung der genehmigten Wasserwerke und Anlagen binnen der in der Verleihungsurkunde hiezu bestimmten oder nachträglich verlängerten Frist; c) durch Wegnahme oder das Eingehen der zur Wasserbenützung nöthigen Vorrichtungen,

wenn die Unterbrechung der Wasserbenützung über drei Jahre gedauert hat; d) durch Wegfall oder Veränderung des Zweckes der Benützung, wenn letztere auf einen bestimmten Zweck ausdrücklich beschränkt war, und e) wenn überhaupt die besonderen Bedingungen, von welchen die Fortdauer des Wasserbenützungsrechtes abhängig gemacht wurde, nicht eingehalten worden sind.

Der erstere Paragraph begründet für den Wasserberechtigten eine Art reales Recht, welches mit der Betriebsanlage steht und fällt; da es jedoch solche gibt, welche eben nie fallen, und andere, welche fallen können, so ist klar, daß dieser Paragraph ein ganzes System von Rechtsfragen heraufzubeschwören im Stande ist. Man wird also fallende und stehende Anlagen unterscheiden müssen. Letztere sind solche, welche nach menschlicher Voraussicht niemals oder doch für eine undenkliche Zeit hinaus nicht zu Grunde gehen, erstere, welche durch die Bewegungen der Manufakturindustrie, des Handels, durch Elementarereignisse oder durch menschliche Nachlässigkeit oder sonst irgendwie der Gefahr des Unterganges leicht ausgesetzt sind. Bei diesen hier wird das Wasserbezugsrecht ungefähr so real werden, wie es ehedem bei radizirten Gewerben der Fall gewesen war; so lange das Haus, hier also Mühle, Stampfe, Walche, Färberei, Fabrik ꝛc. steht, steht auch das Recht, wie damals die Brauerei oder das Handwerk; läßt man jedoch die Anlage oder Einrichtung nach der im nächsten Paragraphe angezeigten Weise zu Grunde gehen, also durch den Untergang der Anlage in Folge von Elementarereignissen, oder durch Nichtbenützung des ertheilten Rechtes, durch Auflassung u. dgl. — wird auch das Recht eingehen müssen. Wenn das Hochwasser, oder der Eisstoß, oder ein Dammbruch die Wehre, die Mühle wegschwemmt, oder die Röhren der Leitung sprengt, und der Besitzer durch dies Unglück betroffen diese Einrichtung, welche seine Kapitalanlage zum größten Theile verschlang, nicht mehr wieder herzustellen im Stande ist; so wird er die Ruine seiner Habe mit sammt dem daran klebenden Rechte entweder um ein Billiges an einen neuen Unternehmer verkaufen, oder, wenn er in drei Jahren keinen Käufer finden sollte, wird er zu seinem ersten Unglücke noch das zweite des gänzlichen Verlustes seines Rechtes erleiden müssen. Wir glauben, daß der Entwurf in gränzenloser Berücksichtigung des öffentlichen Interesses, gegen den Einzelnen dennoch etwas zu hart verfährt, wenn er — analog und in augenscheinlicher Hinweisung auf das dermalige Gewerbegesetz — Elementarereignisse, wie deren gerade beim Wasser vorzukommen pflegen, ganz und gar dem Einzelnen fühlen läßt.

Es sollte im Falle eines Elementarunglückes, das von dem öffentlichen Flusse an den Einzelnen übergegangene Recht, wieder unter billigem Gelde für die Oeffentlichkeit zurückgelöst werden, falls das Recht nach drei Jahren heimfallen sollte.

In noch weit gewichtigere Betrachtungen vertieft man sich bei jenen Wasserwerken, welche wir oben stehend genannt haben. Setzen wir den Fall ein Gutskörper erwirbt das Zuleitungsrecht, um Länderstrecken, mögen sie nun zur Wiesenkultur, zum Reisbaue oder zum Ackerbaue dienen, zu bewässern, oder eine größere Stadt erwirbt das Recht der Zuleitung von Trink-, Koch- oder Waschwasser von weiteren Strecken aus u. s. w., in allen diesen Fällen erwirbt der Konzessionär ein dem realen so nahe stehendes Recht, daß es im praktischen und alltäglichen Rechtsleben in seinen Wirkungen kaum zu unterscheiden sein wird. Wir müssen viele der möglichen Fälle dem gemeinen Privatrechte überlassen, und können uns nur auf die im §. 17 des Entwurfes aufgestellten Fälle des Konzessionsverlustes beschränken. Was nun das Wasserbenützungsrecht auf Widerruf oder auf Zeit betrifft, so dürften solche Rechte, insbesondere wenn deren Ausübung mit großer Kapitalsanlage verbunden ist, kaum vorkommen. Der zweite Punkt hingegen trifft vollkommen ein, wenn nämlich der Konzessionar in bestimmter Frist von seiner Konzession keinen Gebrauch macht, soll dieselbe erlöschen. Was aber den dritten Punkt, die Wegnahme oder das Eingehen der Wasservorrichtungen anbetrifft, scheint die Frist von drei Jahren ganz und gar ungehörig zu sein. Bei einem Industriewerke ist das Wasserrecht und die damit unmittelbar in Beziehung stehenden, von dem Bestande desselben ganz und gar abhängigen Vorrichtungen, wie Wehren, Schleussen, Reservoirs, Teiche, Dämme, Röhren ꝛc. eine der Hauptbedingungen, von denen der Betrieb, ja die Existenz der Unternehmung überhaupt abhängt. Da dies im Verkehrsleben hinreichend bekannt ist, so stellt sich das Verhältniß der Obligazionen, insbesondere das Verhältniß von Kreditgeber und Kreditnehmer darnach; Gewerbe-, Handels- und Wechselrecht helfen eben in Betracht dieser Eigenthümlichkeit nach. Nicht so bei stehenden Einrichtungen, deren Wasserrecht als Nebensache, aber als Verbesserung zu jenem Grunde und Boden hinzutritt, auf dem es wirksam sein soll. Die Obligazionen stehen hier auf der Basis des gemeinrechtlichen Hypothekarrechtes. Ein solches Wasserrecht erhöht den Werth des Grundes und Bodens, und kann dem ganzen Vermögensstande einen veränderten Anstrich geben. Setzen wir den Fall, ein kostspieliges Bewässerungssystem wird durch einen Krieg verwüstet, der

Eigenthümer erschlagen oder er stirbt inzwischen, nach seinem Tode entsteht ein langwieriger Erbschaftsprozeß, das Gut wird von einem Kurator indeß verwaltet, aber die kostspielige Anlage vor der Hand nicht wieder hergestellt; es verbrennt der Wasserthurm und die städtische Gemeinde kann ihn innerhalb dreier Jahre nicht wieder herstellen; ein liederlicher Landwirth läßt Anstalten, welche den Werth seiner Grundstücke um ein Bedeutendes erhöhen, absichtlich eingehen, verfällt in Konkurs, welcher lange Zeit andauert, endlich kömmt es zur Feilbietung, wobei die versumpften Grundstücke nichts mehr werth sind ꝛc.; — es scheint in diesen Fällen nur jener Verlust gerechtfertigt zu sein, welcher mit dem Entfallen des Zweckes eintritt, weil nur in diesem die Wertherhöhung aufhört, und der Entfall als ein casus in re zu betrachten kommt, in jedem andern Falle jedoch muß das erworbene Recht so lange aufrecht erhalten bleiben, als der Grund und Boden, abgesehen von darauf errichteten und nunmehr zu Grunde gegangenen Anstalten des Wasserrechts zu seiner ökonomischen Bearbeitung bedarf, oder so lange, bis die ordentliche Verjährung eingetreten ist.

Hiemit endet der erste Abschnitt des Entwurfes; im zweiten übergeht er zu den einzelnen Benützungsarten des Wassers, und behandelt insbesondere die Bewässerung. Von diesem, wie von dem Weiteren, wollen wir uns erlauben, in einem anderen Aufsatze zu sprechen.

XII.

Civiliſtiſche Verſuche*).

Vom Herrn Dr. Ferdinand Zródłowski, Privatdozenten in Lemberg.

III. Die Reſtitution in integrum.

Man behauptet gewöhnlich, die Reſtitution gehöre dem materiellen [1]) und dem formellen [2]) Rechte an. Dieſe Anſicht iſt auf dem Boden des gemeinen Rechtes in den Quellen unbeſtritten gegründet. Ebenſo gehört die Reſtitution nach attiſchem Recht ſowol dem formellen als auch dem materiellen an. Nach dieſem galt ſie in folgenden Fällen: 1. wenn der ſachfällige Theil bewies, daß ohne ſeine Schuld wider ihn in contumaciam erkannt ſei; 2. wenn er bewies, daß ſein Gegner die Richter durch falſche Zeugen getäuſcht habe [3]).

Der dritte hieher gehörende Fall iſt ſingulär. Es wurden nemlich alle während der Regierung der 30 Tyrannen gefällten Urteile nach der Vertreibung derſelben für nichtig erklärt [4]).

Dasſelbe muß auch auf dem Boden des öſterr. Rechtes behauptet werden. Die Reſtitution [5]) iſt nach dieſem ſowol ein Inſtitut des for-

*) Fortſetzung zu Nr. XII. im 17. Bande.

[1]) L. 1. D. de in integr. rest. (4, 1), L. 2. D. cod. tit.

[2]) L. 7. pr. D. de in integr. rest. (4, 1). Itaque si citatus non respondit, et ob hoc more pronunciatum est, confestim autem protribunali te sedentem adiit, existimari potest, non sua culpa, sed parum exaudita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest.

[3]) Eine Annahme Meyer's und Schömann's.

[4]) Alſo abweichend von den nach Europ. Völkerrecht in dieſer Beziehung geltenden Sätzen. Heffter, Das europ. Völkerr. 3. Ausg. S. 326.

[5]) Von einer „techniſchen Reſtitution" im Sinne des römiſchen Rechts iſt hier keine Rede. (Unger II, 693 fg.)

mellen, als auch des materiellen Rechts [1]). Das letztere wird von allen österr. Juristen in Abrede gestellt. — Wenn sich aber aus dem Folgenden ergeben dürfte, daß meine Annahme richtig sei, so will ich auch im Folgenden zu zeigen versuchen, daß nur die materielle [2]), und nicht auch die prozessualische Restitution bei uns zu befürworten sei [3]).

Den Beweis für meine Behauptung, daß die restitutio auch dem materiellen Rechte angehöre, führe ich aus unseren Gerichtsordnungen selbst.

Nach §. 497 westgaliz. Gerichtsordnung hemmt „die gegen einen ergangenen Spruch anhängig gewordene Einsetzung in den vorigen Stand" „den Lauf der Execution und den Vollzug des ergangenen Spruches nie."

---

[1]) Daß die rest. i. i. auch im System des Privatrechtes zu behandeln ist, ergibt sich für mich aus denselben Gründen, welche Unger veranlaßt haben, die actio, die exceptio ꝛc. eingehend in seinem System zu besprechen. Mit Wetzell behaupten wir, daß bei jedem Rechtsmittel von dem materiellen Begriff als dem maßgebenden auszugehen ist; denn daß ein Parteienantrag gestellt werden könne, muß die Partei, von welcher er ausgeht, das Recht ihn zu stellen, dartun. — Mit anderen Worten: das „Ob", das „Berechtigtsein" zur Stellung eines Parteienantrags gibt das materielle Recht, das „Wie" der Durchführung jenes Antrags gehört dem formellen Rechte an. Wir verdanken „es namentlich den Ausführungen Savigny's und Kierulff's, daß nunmehr das System des Privatrechts das Actionenrecht als wichtigen, auf festgelegter Grundlage ruhenden, in klarer Ordnung gegliederten Theil in sich schließt". Demelius, Untersuchungen aus dem röm. Civilrechte I, 129 und 130.

[2]) Sieh jedoch Unger, System II, S. 694: „auf dem Gebiete des materiellen Rechts gibt es keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mehr." Nach einer sehr scharfsinnigen Musterung der einzelnen Restitutionsgründe gelangt Unger II, 694, Note 8, zu der Erkenntniß: „und bleiben gerade nur jene Gründe übrig, in Ansehung deren die technische Restitution auch gemeinrechtlich schon zum größten Theil überflüssig geworden ist." Dies beweist aber nichts gegen meine Behauptung, daß die in integrum restitutio auf den Boden des materiellen Rechts eingeschränkt und auf diesem beibehalten werden soll. Durch die Ausführungen Unger's wird nemlich der Gedanke einer materiellrechtlichen Restitutio nicht entkräftet, sondern nur die Erkenntniß gewonnen, daß die römischen Restitutionsgründe unhaltbar sind. — Prozessualische Restitutionen sind dagegen unhaltbar. Sie bezwecken die Nichtigkeit eines eingetretenen Ereignisses, sind also in Wahrheit Nichtigkeitsbeschwerden. Nun faßte man am Juristentag in Wien 1862 den sachgemäßen Beschluß: „Nichtigkeitsbeschwerden sind im Interesse des Gesetzes nicht zu empfehlen."

[3]) Entgegengesetzter Ansicht ist auch Stubenrauch, Commentar III, S. 693 und Nippel, Erläuterungen VIII. Bandes 2. Abth., S. 248. Der letztere meint: „Wie überflüssig die Aufnahme dieses römischen Rechtsinstituts in das gegenwärtige Gesetzbuch gewesen wäre, zeigt sich am deutlichsten, wenn die einzelnen Restitutionsfälle des römischen Rechtes durchgegangen und mit den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzbuches verglichen werden." Dagegen ist das in der vorhergehenden Note Gesagte zu wiederholen.

Jedes prozessuale Rechtsmittel [1]) hat wol endgiltig die Bestimmung, den Lauf des Prozesses zu hemmen, die aus der definitiven Austragung desselben von dem Interponenten befürchteten Nachteile zu suspendiren [2]).

Die restitutio in integrum hindert dagegen nach österr. Rechte, wenn sie gegen ein erflossenes Urteil anhängig gemacht wird, nach dem citirten Paragraph den Lauf der Execution nicht [3]), sie suspendirt die vom Restitutionswerber besorgten Nachteile nicht, — ist demnach auch kein prozessuales Rechtsmittel. Allein auch der §. 493 der westgal. G. O. gibt mir ein trifftiges Mittel an die Hand, gegen die allgemein herrschende Lehre Opposition einzulegen. Der §. lautet: „Wenn die Einsetzung in den vorigen Stand über einen ergangenen Spruch angesucht wird, so muß wie über jedes andere Klagrecht (richtiger wäre die Textirung: wie über jeden anderen Streitgegenstand) verfahren werden." Aus dieser Bestimmung folgere ich, daß diese Restitutionsart ein materielles Recht ist, zu dessen Verwirklichung eine neue Klage angestrengt, ein neuer mit dem früheren nur mittelbar zusammenhängender Rechtsstreit erhoben werden muß, denn es ist über die restitutio wie über jedes andere Klagrecht, oder was dasselbe ist, nur deutlicher textirt, wie über jeden anderen Streitgegenstand zu verfahren.

Die restitutio propter terminum lapsum hemmt dagegen allerdings den Gang des Prozesses [4]), sie ist demnach in Wahrheit ein prozessuales Rechtsmittel. Indessen ist es einerseits nicht zu billigen, wenn diese Restitutionsspecies einen Suspensiveffect hat, wie dies weiter unten gezeigt werden soll, — andererseits läßt sich der Widerspruch zwischen dem ersten Theil des §. 497 westgal. G. O. und dem zweiten Theile

---

[1]) So hat z. B. die Appellation einen Suspensiveffect. L. 32. §. 3. C. de appell. et consult. (7, 62), L. 32. C. de transact. (2, 4). S. auch Keller: Der römische Civilproceß. S. 352.

[2]) Daß die Suspension eine regelmäßige Wirkung der processualen Rechtsmittel (im e. S.) sei, beweisen die Stellen: L. un. §. 5. D. nihil in novari (49, 7), L. un. in integrum restitutione postulata, ne quid novi fiat (2, 50). Imp. Gord. A. Secundino militi. Postulata in integrum restitutione omnia in suo statu esse debere, donec res finiatur, perspicui juris est, idque curabilis, adcujus partes ea res pertinet. — L. 32. C. de transact. (2, 4). Dioclet. et Maximian. A. A. et C. C. Cyrillo. Si causa cognita prolata sententia, sicut, jure traditum est, appellat. vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est...

[3]) Dieses bestimmt auch das Patent vom 1. Juli 1790 J. G. S. N. 31.

[4]) Das Patent vom 1. Juli 1790 bestimmt ausdrücklich: „Vor Erledigung eines Einsetzungsgesuches" propter terminum lapsum kann „in der Hauptsache nicht weiter verfahren werden." (J. G. S. N. 31.)

desselben nicht abläugnen, — aber auch, wie mir scheint, nicht erklären. Hemmt die gegen ein ergangenes Urteil angesuchte Restitution den Lauf der Execution nicht, hindert sie die definitive Abwicklung des Rechtsstreites, der zur Restitutionswerbung Veranlassung gab, nicht, — so ist es für mich unbegreiflich, weshalb sie gegen eine verstrichene Fallfrist angebracht, einen Suspensiveffect haben soll durch Einstellung des weiteren Verfahrens in der Hauptsache bis zu der Erledigung der Restitutionsfrage. — Hält man aber jene Bestimmung, daß die gegen einen gefällten Spruch angesuchte Restitution von keinem Suspensiveffect ist, für richtig, — wofür sie auch in der That gehalten werden muß, — so wird kein Zweifel obwalten können, den zweiten Theil des §. 497 westgal. G. O. für entschieden verunglückt zu halten.

Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch stellt zwar im §. 1450 den Satz auf: „Die bürgerlichen Gesetze, nach welchen widerrechtliche Handlungen und Geschäfte, wenn die Verjährung nicht im Wege steht, unmittelbar bestritten werden können, gestatten keine Einsetzung in den vorigen Stand. Die zum gerichtlichen Verfahren gehörenden Fälle der Einsetzung in den vorigen Stand sind in der Gerichtsordnung bestimmt." Ich halte in dem ganzen §. nur den Schlußsatz für wahr. Es sind in der That in der Gerichtsordnung die Fälle der Einsetzung in den vorigen Stand bestimmt, nicht aber den ersten Satz des bezogenen §. und dies aus folgenden Gründen:

1. Ist die Frage, ob die restitutio in integrum nach dem geltenden, positiven Rechte auch dem materiellen Rechte angehöre, zunächst eine doctrinelle, deren Erledigung demnach ausschließlich Sache der Doctrin. Daraus folgere ich, daß gegen meine oben aufgestellte Behauptung, die ich auch zu rechtfertigen suchte, mit dem §. 1450 nicht gut zu operiren wäre.
2. Sprechen die früher interpretirten §§. der westgal. Gerichtsordnung für meine Ansicht. Aus dem äußeren Umstande nemlich, daß dieselben in der Gerichtsordnung enthalten sind, kann aus dem sub 1. angedeuteten Grunde nicht gefolgert werden, daß die restitutio nach dem österr. Rechte nicht auch ein materiellrechtliches Institut sei.

2. Die wider einen ergangenen Spruch angesuchte restitutio in integrum kann dem Gesagten zu Folge nicht bewirken, daß nicht das richterliche Urteil in formelle Rechtskraft erwachse — und mit gutem Grunde. — Es erwächst aber nicht notwendig gleichzeitig für die siegende Partei in materielle Rechtskraft, in diese übergeht es erst dann,

wenn die Verjährung im Wege ſteht (arg. §. 1450)[1]) oder ein Verzicht auf jedes weitere Rechtsmittel vorliegt. — So lange dagegen das leztere nicht der Fall iſt, kann das formell rechtskräftig gewordene Urteil dem ſiegenden Teile nicht materielle Rechte gewähren. Das materielle Recht geht vielmehr curente praescriptione für die unterliegende Partei nicht unter[2]) und es wird ihr eine neue Klage[3]) (resti-

[1]) Daß hiebei eine ex prioris judicii mora entſprungene Verjährung die „Anſtellung einer neuen Klage" nicht hindern ſolle, iſt nicht einleuchtend genug, wiewol dieſe Anſicht einer Entſch. des O. A. G. zu Lübeck zu Grunde liegt. (Schletter, Jahrbücher V. S. 368.)

[2]) Für dieſe Anſicht bildet die l. 8. §. 1. D. ratam r. haberi (46, 8) eine ſehr gute Stüze, wornach nach der Prozeßverjährung ein kompenſables debitum naturale zurückbleibt. Ich habe den Gedanken erweitert, indem ich für ein derartiges angebliche debitum naturale die Klagbarkeit vindicire. — Es iſt in der That die Unterſcheidung der Obligazionen in civile und naturale nicht zu billigen; denn die Klagbarkeit gehört zu dem Begriff der Obligazion, ſowie des Rechts überhaupt, denn „es iſt keine rechtliche Willensmacht denkbar, die nicht zugleich jus persequendi wäre". Demelius i. a. W. I, S. 133 u. 134. — Daher hat man dieſe römiſche Unterſcheidung aufgegeben. Bei den Römern hing ſie mit manchen Inſtitutionen, die ſich aber überlebt haben, ſehr wol zuſammen, ſo mit dem in dem römiſchen Volksgeiſte tief wurzelnden Erforderniſſe rigoroſer Solennitäten. Eine weitere Ausführung der angeregten Frage würde mich zu ſehr von meiner Aufgabe abführen. Nach dem Vorhergehenden iſt es klar, daß das angebliche debitum naturale, welches nach der Prozeßverjährung übrig bleibt, auch als ein ſolches keinen Beſtand haben kann, ſomit auch nicht als exceptio geltend gemacht werden dürfte; es wäre denn, man verließe den nicht nur auf Zweckmäßigkeitsrückſichten, wie Gajus und mit ihm Viele wollen, ſondern auch auf ſtrengen Rechtanſchauungen beruhenden Gedanken der Verjährung. Der Ausführung dieſer Frage hat ſich Laſſale's citirte Schrift I. Theil, S. 130 fg. mit glänzendem Erfolge unterzogen. Und Stahl ſagt II, 1., S. 291, die Verjährung iſt „im Weſen des Rechts tief begründet". — S. auch Unger, der Entwurf S. 132: „Im Grunde läßt ſich ein Fortleben des Rechts nach dem durch Verjährung hinweggefallenem Rechte der Klage nur innerhalb des Römiſchen Rechtes annehmen, denn nur in dieſem wird zwiſchen Recht und Klage ſcharf unterſchieden.

[3]) Sehr ſachgemäß ſind die Beſtimmungen des ſächſ. Entw. über die Wiedereinſetzungsklage (Berenner, Archiv f. civil. Prax. Band 47, Abth. XII, S. 257). Daß der Wiedereinſetzungsgrund zu einer Zeit, wo er im früheren Prozeſſe nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden konnte, aufgedeckt ſein muß, iſt nur zu billigen. — Dagegen iſt die Beſchränkung dieſer Reſtitutionsklage auf eine Friſt von 30 Tagen von dem Momente der Entdeckung des Reſtitutionsgrundes an gerechnet, willkürlich und darum verwerflich; ebenſo die Anordnung, daß bei einem ſpäter entdeckten Reſtitutionsgrund die diesfällige Klage binnen 10 Jahren von der Rechtskraft des Erkenntniſſes an angeſtrengt werden muß, widrigenfalls ſie verjährte. Das, was ich daran zu tadeln finde, iſt offenbar nicht der Umſtand, daß das Klagerecht und mit auch das Recht verjährt, ſondern der, daß das einem Erkenntniſſe bereits unterzogene Recht früher verjähren ſoll, als ein ſolches, über welches noch kein Rechtsſpruch erging; es wäre denn, daß nach dem gegenwärtigen ſächſ. Rechte 10 Jahre die allgemein giltige Verjährungszeit bildeten, was mir jedoch unbekannt iſt, indem ſich das ſächſ. Geſetzbuch in der hieſigen Univerſitätsbibliothek nicht vorfindet.

tutio) [1]) anzustrengen gestattet sein [2]). Die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtskraft vom gemeinen Rechte aus auf den Boden des österr. Rechtes verpflanzt zu haben, ist ein großes Verdienst Unger's. Den gemeinrechtlichen Prozessualisten war dieser Unterschied seit jeher klar [3]). — Die Rechtskraft im materiellen Sinne haftet denjenigen Urteilen an: „die nicht mehr durch ordentliche Rechtsmittel können angefochten werden". Hält man diesen Begriff damit zusammen, daß nach österr. Rechte die gegen eine res judicata angesuchte Restitution keinen Suspensiveffect haben kann, so könnte man auf den ersten Blick meinen, daß das Urteil, die res judicata in materielle Rechtskraft erwachsen ist; bei näherer Betrachtung ergibt sich die Unrichtigkeit dieser Ansicht von selbst, indem der unterliegenden Partei ein ordentliches Rechtsmittel, die Restitutionsklage zu Gebote steht, mittelst deren das formell rechtskräftig gewordene Urteil angefochten werden kann.

3. Nach gemeinem Rechte hatte dagegen die restitutio auch gegenüber einer res judicata einen Suspensiveffect, wenn sich der Implorant auf nova stützte, sie war demnach in Wirklichkeit ein prozessuales Rechtsmittel. — Allein durch die Ungewißheit der deutschen Gerichtspraxis über den Begriff der nova „stieg der Gebrauch der in integrum restitutio bis zum Unfug" [4]). Diesem wirkte die Reichsgesetzgebung dadurch entgegen, „daß wenn jene Restitutionen aus Gefährde oder blos mit Bezug auf frühere Verhandlungen oder zwar aus neuen, jedoch unrechtmäßigen und unerheblichen Ursachen gesucht wurden, mit der Execution vorgeschritten und der Implorant in die Kosten verurteilt werden solle" [5]).

---

[1]) Daß sich die restitutio von der Klage und Einrede im Wesentlichen nicht unterscheide, anerkennt Savigny, System VII, S. 99. Die Herstellung des früheren Zustandes durch Klagen und Einreden (S. 94) teilt mit der durch die Restitution nicht nur die „Gemeinschaft des Zweckes und Grundes", „sondern auch die zusammenhängende historische Entwicklung, welche sehr deutlich in der Anordnung des Edicts und der Digesten hervortritt. Dagegen ist die zur Erreichung jenes Zweckes führende Rechtsform verschieden." Daß sich die rest. i. i. von der Klage im Wesentlichen nicht unterscheide, ergibt sich ganz deutlich aus §. 371 d. St. P. O. vom 20. Juli 1853. Man lasse nur davon ab, jeden Zweig der Legislatur — für sich — ohne Rücksichtnahme auf den Zusammenhang mit den übrigen zu beurteilen.

[2]) Teilweise e. a. A. ist Savigny, System VI, S. 260. Indessen erklärt er, daß es eine Frage der Rechtspolitik sei, ob nach gefälltem Urteil ein neuer Rechtsstreit zulässig sein soll oder nicht, auf die „nur die erfahrungsmäßige Erwägung der wirklichen Zustände und Bedürfnisse eine sichere Antwort geben" kann.

[3]) Wetzell, System S. 420, Note 11.

[4]) Heimbach in Weiske's Rechtslexicon Bd. IX.

[5]) Bescheid des Reichskammergerichtes vom 7. Juli 1669.

Eine ähnliche von derselben Tendenz getragene Bestimmung findet sich im canonischen Rechte vor. Nach diesem konnte der Gläubiger im Falle einer angesuchten Restitution, wenn die Besorgniß vorhanden war, daß der Schuldner die Befriedigung des Gläubigers mutwilligerweise aufzuschieben suche, noch Leistung einer cautio de restituendo [cap. 6, 7. X. de in integr. restit. (1, 41)] die Vornahme der Execution verlangen.

Sowol die oben angeführte Bestimmung der Reichsgesetzgebung als auch die des kanonischen Rechtes sind zu empfehlen: — Die erstere, wenn wie der Bescheid des Reichskammergerichtes vom 7. Juli 1669 festsetzt, die Procuratoren der restitutionswerbenden Parteien mit einer Spezialgewalt von ihren Prinzipalen zur Ablegung des Gefährdeeides, „daß sie von dem neuen Einbringen vorher einige Wissenschaft nicht gehabt oder selbiges zu der Sache dienlich zu sein nicht vermeinet" jederzeit gefaßt erscheinen. — Die Bestimmung des kanonischen Rechts könnte man meiner Ansicht nach auch bei angebrachten anderen Rechtsmitteln in Anwendung setzen. — Ich behaupte also, daß die Exequirung des formell noch nicht rechtskräftig gewordenen Urteils unter der Voraussetzung einer entsprechenden reellen Sicherheitsleistung, einer cautio, wie sie das kanonische Recht in dem Falle einer geworbenen Restitution fordert, nicht versagt werden sollte, wenn überhaupt glaubwürdige Beweismittel vorliegen, auf deren Grundlage der erste Richter das von dem Kläger in Anspruch genommene Recht ihm zuerkannte. Denn es ist ein wesentlicher Nachteil für den Belangten nicht zu befürchten, weil zu dem Zwecke der Executionsführung auf Grund eines formell noch nicht rechtskräftig gewordenen Urteils eine genügende cautio geleistet werden soll, ein möglicher Vorteil für den Kläger vorhanden, der namentlich dann ganz deutlich hervortreten wird, wenn von dem Belangten zu besorgen ist, er werde in materiellen Concurs verfallen, mit anderen Worten: insolvent werden. Nun ist es aber ein Gebot einer verständigen Politik überhaupt und Justizpolitik insbesondere, eine Maßregel für zuläßig zu erklären, welche Vorteile gewährt, gegen Nachteile dagegen hinreichend sichert.

4. Die Restitution hat innere Begründung. „Ohne Restitution" wäre „eine offenbare Lücke in dem Rechte und in der Pflicht zur Ausgleichung des höheren und des formalen Rechtes" [1]). Gerade das Gegenteil lehrt Pratobevera [2]). „Genau gesprochen ist der Begriff der

[1]) Mohl, Politik I. Bd. S. 664, Note 3 u. Keller, Der röm. Civilproc. S. 332.
[2]) Materialien VI, S. 126.

Restitution an sich selbst unhaltbar[1]); man soll dadurch die unter dem Schutz der Gesetze gültig erworbenen Rechte abermals nach eben diesen Gesetzen verlieren." Doch mit Unrecht, weil das Urteil keine materiellen Rechte verschafft und auch nicht die Bestimmung hat, solche zu gewähren. — Ist doch der richterliche Spruch declaratorischer Natur[2]) und nicht constitutiver. Dagegen aber, daß die Möglichkeit, Restitutionen zu werben, eine reiche Quelle von Prozessen werden könne[3]), erwiedere ich, daß man konsequent auch die Verträge, weil sie die ergiebigste Quelle von Prozessen sind, als „an sich unhaltbar" bezeichnen müßte. Restitutionen aber aus dem Grunde auszuschließen, weil durch viele andere rescissorischen Klagen, „die man eigentlich restitutorische nennt" Verträge „theils ganz aufgehoben, theils in die gesetzlichen Schranken zurückgeführt werden" können, ist nicht gut begreiflich, da doch auch für die Fälle, in denen nach einem bereits abgewickelten Rechtsstreite Restitution geworben und ein neuer Rechtsstreit erhoben werden will, Fürsorge getroffen werden muß. Es wäre denn, man ließe auch in diesen Fällen die rescissorischen Klagen zu; was wol von keinem praktischen Unterschiede wäre, indem die Bezeichnung des Rechtsmittels in praxi irrelevant ist und nur der Effect desselben Ausschlag gibt, — was allein vom theoretischen Standpunkte aus nicht zu billigen wäre, indem in der Theorie zwischen Restitution und Rescission mit gutem Grund unterschieden werden kann und auch wirklich von gemeinrechtlichen Schriftstellern unterschieden wird. Daher sollte man auch die rescissorischen Klagen nicht restitutorische nennen.

Die Restitution ist das materielle Recht, eine restitutorische Klage anzustrengen[4]). „Im Laufe der Zeiten" ist die Restitution, wie Savigny lehrt[5]), „mehr und mehr den gewöhnlichen Rechtsmit-

[1]) Diese Behauptung Pratobevera's ist unrichtig; so sagt Pucht a in seinen Vorlesungen (4. Aufl.) I. Band. S. 228: „Je durchgebildeter ein Recht ist zu einer Berücksichtigung des gesammten menschlichen Daseins, desto seltener wird das Bedürfniß dieser außerordentlichen Hülfe sein" (der restitutio in integrum). „Ganz wird sie nie entbehrlich werden." S. auch Mohl, Pr. Justiz 315, 316.

[2]) L. 35. §. 1. D. de rei vindicat. (6, 1); L. 8. §. 4. D. si servit. vindic. (8, 5).

[3]) Pratobevera daselbst.

[4]) Im heutigen Prozesse „erscheint die Bitte um Restitution in Form einer gewöhnlichen Klage oder Einrede, bald selbstständig, bald bei Gelegenheit eines anderen Rechtsstreites und in Verbindung mit demselben." Savigny, System VII, S. 230 u. das. S. 231. „Mit einer gewöhnlichen Klage ist das Restitutionsverfahren darin gleichartig, daß es nur Gültigkeit hat, wenn die Gegner des Berechtigten dazu vorgeladen sind und entweder erscheinen oder durch Ungehorsam ausbleiben."

[5]) System VII, S. 113.

teln angenähert worden und in dieſer ſehr veränderten Geſtalt iſt ſie als Beſtandtheil des gemeinen Rechts zu uns herübergekommen" und [1]) „die Reſtitution ſei mit dem Klagerecht zwar nicht gleichbedeutend, dennoch verwandt." Die Verſchiedenheit mag nun wol darin beſtehen: daß bei der Reſtitution ein judicium rescindens und rescissorium zu erfließen hat.

5. Die propter terminum lapsum angeſuchte Reſtitution hemmt nach öſterr. Rechte den Gang des Prozeſſes. Dies iſt nicht zu billigen. Ich habe vorzüglich den ordentlichen ſchriftlichen Prozeß vor Augen und will nun unterſuchen, ob es überhaupt wahrſcheinlich iſt, daß restitutio propter terminum lapsum aus ſtatthaften Gründen geworben werde. Die Frage iſt gewiß praktiſch und eine beſondere Beachtung verdient ſie, wenn man überhaupt beſtrebt ſein will, dem unendlich läſſigen Gang unſeres civilgerichtlichen Verfahrens entgegenzuſteuern. Nicht genug, daß Friſterſtreckungen auf Friſterſtreckungen angeſucht und bewilligt werden, wodurch ſäumige Schuldner viel Zeit gewinnen, Gläubiger aber nicht ſelten durch ihre Verhältniſſe gezwungen ihre Forderungen um ein Drittel und ſelbſt weniger an ſpeculative Geldmänner abzutreten genötigt ſind, — haben ſie zum Ueberfluß noch ein Mittel, die ſchuldige praetatio aufzuſchieben darin, daß ſie, wenn endlich alle Stricke reißen, Reſtitution propter terminum lapsum werben können [2]). Es iſt ſchon wirklich Zeit über Inſtitutionen, in denen der Keim zu vielen Uebeln ſeit ihrem Entſtehen gelegen war, und die über alles Erwarten ihrer Urheber ſchlechte Früchte getragen haben und noch gegenwärtig in üppigem Maße tragen, den Stab zu brechen. Ich bin gewiß nicht neuerungsſüchtig, halte vielmehr an dem Hergebrachten, Hiſtoriſchen mit aller Kraft feſt, allein ich treibe es nicht ſo weit, wie Viele, an althergebrachten Einrichtungen ſelbſt dann nicht zu ſchütteln, wenn ſie ſchlecht wären und Uebel hervorriefen, die durch andere Maßregeln beſeitigbar ſind.

6. Ebenſo muß von jedem unbefangenen Beobachter unſerer Gerichtspraxis zugegeben werden, daß im ordentlichen ſchriftlichen Prozeſſe der Fall einer billigerweiſe anzuſuchenden Reſtitution wegen ſchlechter Vertretung äußerſt ſelten praktiſch werde dürfte [3]). Denn nach unſeren

[1]) Syſtem VII, S. 239.
[2]) Zu dem kömmt noch, daß ſie „ungleich leichter ertheilt zu werden pflegt, als die Reſtitution gegen ein rechtskräftiges Urteil". Bayer, Vorträge. (8. Aufl.) 1106.
[3]) S. die Entſch. des oberſt. Gerichtsh. v. 28. Okt. 1863, Z. 7822, welche ſich wol nicht rechtfertigen läßt. S. übrigens dazu die kurzen Bemerkungen eines Anonymus (13). (Gerichts-Zeitung XV, Nr. 56.)

Restitution an sich selbst unhaltbar[1]); man soll dadurch die unter dem Schutz der Gesetze gültig erworbenen Rechte abermals nach eben diesen Gesetzen verlieren." Doch mit Unrecht, weil das Urteil keine materiellen Rechte verschafft und auch nicht die Bestimmung hat, solche zu gewähren. — Ist doch der richterliche Spruch declaratorischer Natur[2]) und nicht constitutiver. Dagegen aber, daß die Möglichkeit, Restitutionen zu werben, eine reiche Quelle von Prozessen werden könne[3]), erwiedere ich, daß man konsequent auch die Verträge, weil sie die ergiebigste Quelle von Prozessen sind, als „an sich unhaltbar" bezeichnen müßte. Restitutionen aber aus dem Grunde auszuschließen, weil durch viele andere rescissorischen Klagen, „die man eigentlich restitutorische nennt" Verträge „theils ganz aufgehoben, theils in die gesetzlichen Schranken zurückgeführt werden" können, ist nicht gut begreiflich, da doch auch für die Fälle, in denen nach einem bereits abgewickelten Rechtsstreite Restitution geworben und ein neuer Rechtsstreit erhoben werden will, Fürsorge getroffen werden muß. Es wäre denn, man ließe auch in diesen Fällen die rescissorischen Klagen zu; was wol von keinem praktischen Unterschiede wäre, indem die Bezeichnung des Rechtsmittels in praxi irrelevant ist und nur der Effect desselben Ausschlag gibt, — was allein vom theoretischen Standpunkte aus nicht zu billigen wäre, indem in der Theorie zwischen Restitution und Rescission mit gutem Grund unterschieden werden kann und auch wirklich von gemeinrechtlichen Schriftstellern unterschieden wird. Daher sollte man auch die rescissorischen Klagen nicht restitutorische nennen.

Die Restitution ist das materielle Recht, eine restitutorische Klage anzustrengen[4]). „Im Laufe der Zeiten" ist die Restitution, wie Savigny lehrt[5]), „mehr und mehr den gewöhnlichen Rechtsmit-

[1]) Diese Behauptung Pratobevera's ist unrichtig; so sagt Puchta in seinen Vorlesungen (4. Aufl.) I. Band. S. 228: „Je durchgebildeter ein Recht ist zu einer Berücksichtigung des gesammten menschlichen Daseins, desto seltener wird das Bedürfniß dieser außerordentlichen Hülfe sein" (der restitutio in integrum). „Ganz wird sie nie entbehrlich werden." S. auch Mohl, Pr. Justiz 315, 316.

[2]) L. 35. §. 1. D. de rei vindicat. (6, 1); L. 8. §. 4. D. si sorvit. vindic. (8, 5).

[3]) Pratobevera daselbst.

[4]) Im heutigen Prozesse „erscheint die Bitte um Restitution in Form einer gewöhnlichen Klage oder Einrede, bald selbstständig, bald bei Gelegenheit eines anderen Rechtsstreites und in Verbindung mit demselben." Savigny, System VII, S. 230 u. das. S. 231. „Mit einer gewöhnlichen Klage ist das Restitutionsverfahren darin gleichartig, daß es nur Gültigkeit hat, wenn die Gegner des Berechtigten dazu vorgeladen sind und entweder erscheinen oder durch Ungehorsam ausbleiben."

[5]) System VII, S. 113.

teln angenähert worden und in dieſer ſehr veränderten Geſtc ſie als Beſtandtheil des gemeinen Rechts zu uns herübergekom und [1]) „die Reſtitution ſei mit dem Klagerecht zwar nicht gleichb tend, dennoch verwandt.“ Die Verſchiedenheit mag nun wol dari ſtehen: daß bei der Reſtitution ein judicium rescindens und rescis zu erfließen hat.

5. Die propter terminum lapsum angeſuchte Reſtitution h nach öſterr. Rechte den Gang des Prozeſſes. Dies iſt nicht zu bil Ich habe vorzüglich den ordentlichen ſchriftlichen Prozeß vor A und will nun unterſuchen, ob es überhaupt wahrſcheinlich iſt, daß tutio propter terminum lapsum aus ſtatthaften Gründen gew werde. Die Frage iſt gewiß praktiſch und eine beſondere Bead verdient ſie, wenn man überhaupt beſtrebt ſein will, dem une läſſigen Gang unſeres civilgerichtlichen Verfahrens entgegenzuſte Nicht genug, daß Friſterſtreckungen auf Friſterſtreckungen angeſuch bewilligt werden, wodurch ſäumige Schuldner viel Zeit gewi Gläubiger aber nicht ſelten durch ihre Verhältniſſe gezwungen Forderungen um ein Drittel und ſelbſt weniger an ſpeculative männer abzutreten genötigt ſind, — haben ſie zum Ueberfluß no Mittel, die ſchuldige praetatio aufzuſchieben darin, daß ſie, wenn e alle Stricke reißen, Reſtitution propter terminum lapsum werden könn Es iſt ſchon wirklich Zeit über Inſtitutionen, in denen der Kei vielen Uebeln ſeit ihrem Entſtehen gelegen war, und die über Erwarten ihrer Urheber ſchlechte Früchte getragen haben und noch g wärtig in üppigem Maße tragen, den Stab zu brechen. Ich bin g nicht neuerungsſüchtig, halte vielmehr an dem Hergebrachten, Hiſtor mit aller Kraft feſt, allein ich treibe es nicht ſo weit, wie Viele althergebrachten Einrichtungen ſelbſt dann nicht zu ſchütteln, wen ſchlecht wären und Uebel hervorriefen, die durch andere Maßregeln ſeitigbar ſind.

6. Ebenſo muß von jedem unbefangenen Beobachter unſerer richtspraxis zugegeben werden, daß im ordentlichen ſchriftlichen Pr der Fall einer billigerweiſe anzuſuchenden Reſtitution wegen ſchl Vertretung äußerſt ſelten praktiſch werde dürfte [3]). Denn nach un

[1]) Syſtem VII, S. 239.

[2]) Zu dem kömmt noch, daß ſie „ungleich leichter ertheilt zu werden pflegt, a Reſtitution gegen ein rechtskräftiges Urteil“. Bayer, Vorträge. (8. Aufl.)

[3]) S. die Entſch. des oberſt. Gerichtsh. v. 28. Okt. 1863. Z. 7822, welch wol nicht rechtfertigen läßt. S. übrigens dazu die kurzen Bemerkungen Anonymus (13). (Gerichts-Zeitung XV, Nr. 56.)

Gesetzen muß jede Partei, mit wenigen Ausnamen, einen Advokaten zur Seite haben [1]), für dessen Verhinderung nach §. 548 westgal. G. O. notwendig gesorgt sein muß. Der Advokat führt den Rechtsstreit im Namen der Partei. Daß aus der res judicata nur für die Partei resp. gegen dieselbe, nicht auch gegen den Advokaten unmittelbar und notwendig Rechte resp. Verbindlichkeiten entspringen, ändert an der Sache nichts; er ist der eigentlich thätige Factor im ordentlichen schriftlichen Prozeß. Eine mangelhafte Information ist nicht zu besorgen, da nach §. 546 der westgal. G. O. „der Advokat eine umständliche Geschichte über den eigentlichen Rechtshandel .. auffetzen" soll und wäre dies auch der Fall, so läge vor ein Verschulden auf Seite der Partei, welche den Advokaten trotz seiner Aufforderung, den Rechtsfall ihm genau und vollständig mitzuteilen, nicht gehörig informirte, oder, wenn der Advokat nicht die gehörige Sorgfalt an den Tag legte, um sogleich bei seiner Bestellung zum Vertreter eine gehörige Information einzuholen, auf Seite des Advokaten. Nun kann es selbstverständlich keinen Anstand haben, den Advokaten in dem Falle der hiedurch Schaden leidenden Partei ersatzpflichtig zu erklären. Es liegt aber auch da ein gewisses Verschulden auf Seite der Partei vor, daß sie einen minder verläßlichen Advokaten zum Vertreter bestellte [2]), bei unserem System der Advokatenbestellung [3]) unzweifelhaft auch ein Verschulden des Staates. — Die

[1]) Nicht zu billigen ist die Bestimmung des §. 332 des sächs. Entwurfs, daß es den Parteien überlassen ist, einen Beistand zu nehmen. Denn es hat nach §. 334 desselben bei unverständlichen Schriften der Richter zu bescheiden, daß sich die Partei an einen Advokaten zu wenden habe. Die Gründe liegen zu nahe, als daß es einer Ausführung derselben bedürfte. Der vorzüglichste und gewichtigste Grund ist aber, daß hiedurch ein unnützer Umzug entsteht. — Ob die Bestimmung des §. 101 Entwurfs einer allg. deutsch. C. P. O. gut oder schlecht ist, läßt sich kategorisch nicht sagen, weil die Ausnamen von der Regel durch Landesgesetze zu bestimmen sind. Zu billigen wird sie nur dort sein, wo Richter und Advokaten, wie in Oesterreich gegenwärtig, und Doctoren der Rechte, wie dies wol anzuerkennen keinen Anstand nehmen dürfte, von der Pflicht, durch einen Anwalt sich vertreten zu lassen, entbunden sind.

[2]) Diese meine Ansicht bestätigen die Quellen, so sagt Paulus lib. I. Sententiarum L. 39. D. ex quibus causis majores (4, 6). Is qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur.

[3]) Erklärt man sich dagegen für die Freigebung der Advokatur, was wol, wenn die Qualifications-Erfordernisse zur Ausübung derselben nachgewiesen werden müssen, das Richtige sein dürfte, so ist hiebei durchaus nicht zu verkennen, daß die Staatsgewalt über die Advokaten Aufsicht üben dürfe. — In dem Sinne verstehe ich auch die Worte Schilling's, Naturr. II, 141: Die Justizgewalt hat „eine besondere Aufmerksamkeit" auf „Solche, welche ohne als Staatsbeamte angestellt zu sein, doch unter der Autorität des Staats gemeinnützige, zum Justizwesen gehörige Functionen betreiben, wie Advokaten und Notare."

aus einer ſchlechten Vertretung ſich ergebenden Nachteile mag nun eine der gedachten Parteien tragen, je nachdem welcher von ihnen die größte culpa zur Laſt fällt. Dies ſcheint mir natürlich und gerecht zu ſein, — nicht aber eine dritte, im Verſchulden gar nicht begriffene Perſon den Nachteil tragen zu laſſen. Daher iſt auch die Beſtimmung des §. 491 der weſtgal. G. O. weder gerecht, noch den Geſetzen der Juſtizpolitik gemäß, wenn es daſelbſt heißt: „Wenn auch Jemand berechtigt wäre, wider ſeinen Rechtsfreund oder einen Dritten ſeine Schadloshaltung zu begehren, und er ſich bei ihm erholen könnte, ſo ſteht ihm doch frei, die Einſetzung in den vorigen Stand anzuſuchen.“ Dieſe Beſtimmung iſt ungerecht, weil ſie die im Verſchulden ſtehenden freiläßt, Dritte, denen keine culpa zur Laſt gelegt werden kann, kränkt. — Dieſe Beſtimmung iſt aber auch den Geſetzen der Juſtizpolitik zuwiderlaufend, weil ſie ein Hemmniß gegen ungebürliche Prozeßverſchleppungen bei Seite ſchafft, welches, wenn es auch nicht das gewichtigſte Mittel iſt, ſo doch in Vereinigung mit anderen, ja für ſich ſelbſt beſtehend Prozeßverzögerungen entgegenſteuern könnte. Beſtände eine entgegengeſetzte Beſtimmung von der in Frage ſtehenden, ſo könnte man kaum beſorgen, der Advokat werde ſich zu Allem, was nur ſeine Partei wünſcht oder er ſelbſt ihr in den Mund legt, gebrauchen, richtiger geſagt, mißbrauchen laſſen, wenn er nur honorirt wird.

Schon Pratobevera, ein ſehr verdienſtvoller Schriftſteller, ſagt: „Nichts iſt leichter, als die Angabe einer erdichteten Verkürzung durch die Schuld des Advokaten, welche der letztere zum Schein zuläßt [1]),

[1]) Intereſſant iſt ein in der Krakauer Zeitſchrift für Rechts- und Staatswiſſenſchaft, Jahrg. 1864, S. 53, mitgeteilter Fall. — Die Erkenntniſſe des ſtädt. deleg. Krakauer Bezirksgerichtes vom 10. Sept. 1862 Z. 7950 und des dortigen Oberlandesgerichtes vom 1. Dez. 1862 N. 13. 687, welche dahin lauten: daß zur Wiedereinſetzung in den vorigen Stand propter terminum lapsum das Geſtändniß des Rechtsfreundes, er habe den Termin aus Unachtſamkeit verſtreichen laſſen, nicht zureiche, ſind ſachgemäß. Ich ſetzte deshalb hier dieſen Fall, um zu zeigen, auf welche Weiſe derartige Friſterſtreckungs- und Reſtitutionsgeſuche beſcheinigt zu werden pflegen! Man berückſichtige ferner die in den Augen unſerer Gerichtsperſonen geringfügige Thatſache, daß mehr als 3 Monate hiedurch dem doloſe handelnden Theil präſalvirt wurden! Der hiedurch gefährdete Theil konnte ſich glücklich ſchätzen, daß die Erledigung der von ſeinem Gegner angeregten Reſtitutionsfrage nur drei Monate in Anſpruch nahm! In dem Lemberger Oberlandesgerichtsſprengel muß ſie wenigſtens durch ein halbes Jahr abgewartet werden. — Will man auf jeden Fall halsſtarrig an den hergebrachten prozeſſualen Reſtitutionen feſthalten, ſo ſind von den Beſtimmungen e. allg. deutſch. C. P. O. zu billigen die §§. 202a, 202b, 202d, 202e, 202f, 377, welcher in ſeiner abgeänderten Faſſung nur die Anführung des §. 153 und die Worte „bis auf Weiteres“ enthält), der abgeänderte 2. Abſatz des §. 402 und der ab-

um der Partei die Aufhebung einer ungünstigen Judicatur zu verschaffen. Darum ist es notwendig, mit strengem Ernst und genauer Prüfung der angeblichen schuldlosen Verkürzung solchem Unfuge zu begegnen" [1]). Man kann nur Protobevera dankbar sein, daß er, ein tüchtiger Praktiker, offen bekennt, „daß diese Restitutionsart die Nachlässigkeit von Advokaten und Parteien" bestärkt, muß aber auch die schön klingende Moral, „dem sei mit strengem Ernst und genauer Prüfung der angeblichen schuldlosen Verkürzung zu begegnen" aus dem Grunde verwerfen, weil hiedurch keine sichere Garantie geboten wird, daß das anzustrebende Ziel erreicht werde, und dies bestätigt wol noch zum Ueberfluß die heutige Gerichtspraxis.

Diese Sentenz Pratobevera's mußte mir allein ungeachtet ihrer Richtigkeit im Allgemeinen um so mehr befremdend erscheinen, als er in derselben Abhandlung S. 171 mit der restitutio ob noviter reperta weit rigoroser ist und dem von mir früher hervorgehobenen Momente, es müsse notwendig nicht blos das Mögliche, sondern auch das Wahrscheinliche von einer guten Gesetzgebung in Rücksicht gezogen werden, Rechnung zu tragen scheint. Pratobevera äußert sich in Bezug auf die restitutio ob noviter reperta folgendermaßen: „Die seltenen Fälle, wo wir, ohne unser Verschulden, ein offenbar ungerechtes, rechtskräftiges Urtheil erfahren haben, werden, der leidigen Erfahrung gemäß, von dem leichten Mißbrauch dieses Rechtsmittels und der gänzlichen Rechtsunsicherheit und Ungewißheit, in welche die Judicaturen und die Dauer der Prozesse gerathen, vielleicht überwogen" und weiter unten „mit Recht beklagt sich der frühere obsiegende Theil, immer in neue Prozesse über denselben Gegenstand verwickelt zu werden und ... in der steten Ungewißheit zu schweben, ob das schon einmal Behauptete nicht wieder verloren gehen werde." Aus der letzteren Stelle geht wenigstens für mich ganz klar hervor, daß Pratobevera die

geänderte §. 412. — Dagegen lassen sich die §§. 202c und 238 nicht rechtfertigen. Der §. 202c ist deshalb nicht zu empfehlen, weil die Frist zur Behändigung des Wiedereinsetzungsgesuches eine zu lange ist und die Einschränkung der Wiedereinsetzungswerbung auf Ein Jahr vom Ende der versäumten Frist an gerechnet keinen guten Grund für sich hat. Die Redactoren scheinen auch, wie es sich aus der 2. linea des §. 202c ergibt, von der Ueberzeugung durchdrungen zu sein, daß Prozesse selbst länger als ein Jahr auch künftig werden geführt werden. Man kann daraus ersehen, ob die Mündlichkeit des Verfahrens auch die Schnelligkeit im Gefolge haben muß. — Der §. 238 ist aus dem Grunde nicht zu billigen, weil der richtige in der 1. linea des §. 555 aufgestellte Grundsatz eine wol nicht zu rechtfertigende Einschränkung erhält.

[1]) Materialien VI, S. 213.

Möglichkeit der Eröffnung eines neuen Prozeſſes wegen eines bereits im Prozeſſe begriffenen Gegenſtandes aufgehoben wiſſen will, allein wol ohne genügende Begründung; denn es iſt den Anforderungen der Gerechtigkeit Genüge geleiſtet, wenn das erfloſſene Urteil in formelle Rechtskraft erwachſen iſt, widerſpricht dagegen dieſen: ein einem Streitteil abgeſprochenes Recht, wenn derſelbe neue Beweismittel aufgedeckt hat, durch Anſtrengung einer neuen Klage in Anſpruch zu nehmen, nicht zu geſtatten. Daß nun der Reſtitutionswerber die Thatſachen, auf deren Grundlage er die Reſtitution anſucht, die Läſion und die causa justa beweiſen müßte, iſt ſelbverſtändlich [1]). — Die materielle Rechtskraft haftet dem Urteil nicht notwendig an [2]). Auf Grundlage des rechtskräftig gewordenen Urteils kann vielmehr nach meiner Anſicht nur dann ein materielles Urteil für die obſiegende Partei entſtehen, wenn auf jedes Rechtsmittel, ſo auch auf die restitutio Verzicht geleiſtet wird (Analogie aus §. 937) oder die Verjährung [3]) im Wege ſteht [4]). (a. a. §. 1450 a. b. G. B.)

7. Unter den öſterr. Juriſten iſt ſtreitig, welche Verjährungsfriſt hier Anwendung zu finden habe. Während Pratobevera geſtützt auf den §. 1489 behauptet, daß der Verjährungstermin für den Fall des §. 1450 auf drei Jahre anzunehmen ſei, erklärt Nippel [5]), daß die Anſicht derjenigen, welche behaupten, „daß durch den Ausdruck ſo lange

[1]) Buchta, Vorleſungen I, S. 236.

[2]) Wetzel, Syſtem des Civilprozeſſes und Unger, Syſtem II, S. 641. Nur der deklarative Teil der richterlichen Entſcheidung kann in materielle Rechtskraft erwachſen, „während der dispoſitive Theil der Entſcheidung ſeinem Begriff und Weſen nach nur der formellen Rechtskraft fähig iſt". Materiell rechtskräftig wird der dispoſitive Teil des Urteils nur durch ausdrückliche Willenserklärung des Gegenteils, alſo wörtliche Anerkennung, Verzicht auf die restitutio, als die Möglichkeit, eine neue Klage anzuſtrengen, oder durch die Verjährung. — Der deklarative (deciſive) Teil des Urteils hat zwar die materielle Rechtskraft, er hat ſie aber nicht durch das Urteil, welches nur formelles Recht gewähren kann, ſondern nur deshalb, weil er noch vor dem materiell rechtskräftig war. Aus dieſen Gründen kann ich Brackenhoeft (Linde's Zeitſchrift X, S. 249) nicht beipflichten, wenn er behauptet, daß als der materiellen Rechtskraft fähige richterliche Ausſprüche „ſolche Urteilsmotive zu betrachten ſeien, welche die ſeine Anerkennung oder Abweiſung wenigſtens mitbeſtimmende Entſcheidung eines auf das in Frage ſtehende Rechtsverhältniß ſich beziehenden Streitpunktes enthalten, wenn ſie auch nicht ausdrücklich als ſolche ſich kundgeben und nicht gerade in dem Deciſivteile des Erkenntniſſes eine Stelle finden."

[3]) S. Savigny, Syſtem VII, S. 239.

[4]) Nach dem in der Note 2 Vorgetragenen dürfte demnach die Anſicht Laſſalle's (die Theorie der erworbenen Rechte I, S. 354), das Civilurteil habe ſeine Kraft „auf der Fiction eines Vergleichs, auf der durch den individuellen Willen ſelbſt geſetzten Schlichtung" (S. 161, Note) kaum richtig ſein.

[5]) Erläuterungen VIII. Bandes 2. Abtheilung. S. 259.

ſein Recht nicht verjährt iſt, das materielle Recht verſtanden werde, welches in dem vorigen Prozeſſe geltend gemacht werden wollte, die in der Praxis angenommene ſei." Ich halte die in der Praxis befolgte Anſicht für richtig, da die Berufung Pratobevera's auf den §. 1489 jedes inneren Grundes entbehrt.

Das Verfahren bei der Reſtitutionsklage[1]) ob nova nach dem öſterr. Prozeßrechte iſt nicht zu billigen und man muß in der Beziehung Pratobevera beipflichten, wenn er ſagt: „Auffallend iſt dieſes durch die Reſtitution veranlaßte zweifache Verfahren eine ſchädliche, koſtſpielige und zum Theile widerſprechende Weitläufigkeit." Eine Weitläufigkeit, die noch von dem Uebelſtand begleitet iſt, „daß Reſtitutionen leichtſinnig bewilligt, die früheren Urtheile dadurch ſogleich außer Kraft geſetzt werden, und der Reſtitutionsimpetrant endlich doch wieder in dem Hauptprozeſſe (in der Reihe dem Dritten) kein beſſeres Urtheil erlangt, als das entkräftete geweſen." — In dieſer Hinſicht iſt Savigny[2]) zum Teil einer anderen Anſicht. Er gibt zwar als Regel zu, daß das Verfahren über das judicium rescindens und rescissorium cumulirt werden könne[3]) und daß die Parteien von Anfang an hierauf ihre Anträge richten dürfen; — meint jedoch, es könne keinem Zweifel unterliegen, „daß es dem Bedürfniß einzelner Sachen angemeſſen ſeyn kann, beide Verhandlungen gänzlich zu trennen und zuerſt das judicium rescindens zur Entſcheidung zu bringen, ehe das rescissorium eingeleitet wird." Wenn man auch dieſe zum Teil modificirte Anſicht Savigny's vom Standpunkte der Theorie aus für entſchieden richtiger halten muß, als die Pratobevera's, ſo meine ich dennoch, daß die Anſicht Pratobevera's mit Bezug auf unſere (öſterr.) Gerichtsverhältniſſe den Vorzug verdient.

---

[1]) Spreche ich mich auch für die Cumulirung der Verhandlung über das judicium rescindens und rescissorium aus, ſo behaupte ich deſſen ungeachtet auf Grundlage des Ausſpruches des Modestinus lib. 8. Pandectarum L. 3. de in integr. restit. (4, 1). Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Praetore promittuntur: scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit, daß das judicium rescindens dem judicium rescissorium begrifflich vorangehen müſſe, ſelbſt wenn beide Entſcheidungen in einem und demſelben Urteile (Schrift) zuſammengefaßt würden.

[2]) Syſtem VII, S. 237.

[3]) Denn „der für das judicium rescissorium competente Richter iſt auch competent für das judicium rescindens." Puchta, Vorleſungen I, S. 235.

IV. Die Execution.

Liegt ein formell rechtskräftiges Urteil vor [L. 1. D. de exec. rei jud. (7, 53)], iſt das Klagsbegehren liquid erklärt, ſo kann auch die zwangsweiſe Durchſetzung desſelben, die Execution verlangt werden. Dieſe gibt erſt unmittelbar dem Urteil und mittelbar dem Rechte des Siegers die am meiſten ſchätzbare Stütze. In ihr und durch ſie wird Urteil und Recht praktiſch verwirklicht.

Der Mittel, die zu der zwangsweiſen Realiſirung unſeres Rechtes, ſelbſt wider Willen des Gegenteils führen, und der in dem richterlichen Spruch gelegenen Autorität die Anerkennung verſchaffen, gibt es mehrere. Sie laſſen ſich aber, wie ſie auch ſonſt untereinander verſchieden ſein mögen, in zwei Hauptklaſſen bringen. Die erſte und wichtigſte Hauptklaſſe bilden die Executionsmittel gegen das Vermögen des Schuldners [1]) (Realexecution), die zweite die gegen die Perſon des Schuldners (Perſonalexecution).

Realexecutionen zu beſtreiten, fiel es noch Niemandem ein. Dagegen werden Perſonalexecutionen von manchen Geſetzgebungen für unzuläſſig erklärt und auch von manchen Männern der Wiſſenſchaft verworfen.

Die Unrichtigkeit der letzteren Anſicht auszuführen, ſoll den Gegenſtand der folgenden Erörterungen bilden [2]).

Vor Allem iſt die ſtrenge, zwiſchen wechſel- und gemeinrechtlichen Schulden getroffene Unterſcheidung nicht zu billigen. Im Gegenteil. Es läßt ſich leicht zeigen, die gemeinrechtliche Forderung verdiene, wenn ſie exequirbar geworden, gegenüber der wechſelrechtlichen den Vorzug. Ich bin weit entfernt davon, die Perſonalexecution wegen Wechſelſchulden auszuſchließen, will nur durch die Begründung der vorangehenden Theſe deſto auffallender dartun, daß die Anſicht, Perſonalexecutionen ſeien wegen gemeinrechtlicher Schulden auszuſchließen, in der Allgemeinheit, in welcher ſie meiſtens aufgeſtellt wird, unrichtig ſei. Die Verwerflichkeit der Perſonalexecutionen mag kaum Jemand beſſer auseinanderzuſetzen im Stande ſein, als Mittermaier. In dem Archiv

[1]) Daß in dem Pfändungsgeſuche die Güter des Schuldners, woraus der Gläubiger die Befriedigung zu erlangen Willens iſt, nicht ſpezifizirt anzugeben ſind, entſchied mit Recht das Lemberger Oberlandesgericht am 6. Juni 1864 Z. 9731 (Gerichtshalle IX, 1).

[2]) S. auch den Aufſatz von Dr. Schent: Zur Frage über die Schuldhaft (Gerichtszeitung XV, 73).

für die civilistische Praxis Band XIV, S. 110 „Die persönliche Haft im Civilprozesse als Vollstreckungsmittel im Civilprozesse" unterzieht Mittermaier [1]), der würdigste Führer der heutigen Rechtswissenschaft, diese Frage einer ebenso eingehenden als scharfsinnigen Prüfung, so daß ich andere Gegner nicht zu berücksichtigen brauche, weil die Aufgabe, gegen die Argumente eines Mittermaier zu Felde zu ziehen, gewiß keine geringe ist. Mittermaier untersucht vier Fälle der Personalexecution und behandelt jeden besonders ausführlich. Rücksichtlich des ersten Falles, ob der Arrest notwendig sei, „den halsstarrigen Besiegten da, wo er zu einer Leistung oder Unterlassung anzuhalten ist, durch Arrest zu zwingen" muß ich Mittermaier unbedingt beistimmen. — Die in dieser Beziehung von manchen getroffene Unterscheidung zwischen einer erzwingbaren und einer nur durch freien Entschluß, freie Thätigkeit erzielbaren Arbeit kann nicht gut geheißen werden, da die Grenze zwischen diesen zwei Gattungen der Arbeit sich nicht genau ziehen läßt und eine erzwungene Verrichtung überhaupt für den Berechtigten selten ersprießlich sein kann. — Es läßt sich kaum die Richtigkeit dieser Ansicht besser dartun, als durch die von Mittermaier vorgebrachten Gründe [2]): „Wer wird im Ernst glauben, daß durch den Personalarrest Jemand, der halsstarrig die Arbeit verweigern will, zu einer Arbeit gezwungen werden kann? Wie lange soll der Schuldner im Arrest bleiben? Will man einen Zeitraum ebenso wie beim Personalarrest wegen Geldschulden fixiren (z. B. 5 Jahre, bei uns in Oesterreich 1 Jahr), so bemerkt man doch leicht, daß 5 Jahre (auch schon 1 Jahr) Gefängniß mit den Leiden, die dasselbe nach sich zieht, nicht im Verhältniß mit einer Frohnenleistung oder einer mechanischen Arbeit stehen." Rücksichtlich der geistigen, ausschließlich vom freien Entschluß und freien Willen abhängigen Arbeit sind die von Mittermaier angeführten Beispiele treffend, um das Lächerliche der Zulässigerklärung der Personalexecution zu dem Zwecke der Erzielung derselben zu veranschaulichen. Lächerlich würde es klingen, „wenn der

[1]) Zutreffend ist die Aeußerung Wahlberg's über Mittermaier (Oesterr. Wochenschrift, Jahrg. 1864, IV. Band, S. 1007): „Während beide vaterländische Schriftsteller (Glaser und Hye-Gluneck) für und gegen die Jury kämpfen, beschaut der ehrwürdige Altmeister der deutschen Strafrechtswissenschaft mit der Unermüdlichkeit der Jugend und der Sorglichkeit des Alters die zu Tage tretenden Vorzüge und Mängel der Schwurgerichte aus seiner stillen Heidelberger Behausung; zwei Welttheile, Europa und America, sind das kleinste Beobachtungsfeld für diesen universellsten Kenner des Rechtslebens der Gegenwart."

[2]) Archiv f. civ. Pr. XIV, S. 128.

Maler zum Porträtmalen, der Sänger zum Singen durch den Arrest gezwungen werden soll. So viel kann man dem Porträtlustigen Sieger versichern, daß er von dem Maler, welcher im Gefängniß malen soll, soviel geärgert werden wird, z. B. durch eine recht scheußliche Fratze, daß der Sieger lieber zweimal so viel Geld verlieren würde, um nur die neue Kränkung ungeschehen zu machen. Ein Sänger, hinter dem Gerichtsdiener steht, und der singen muß, wird gewiß eine interessante Erscheinung sein."

Dagegen kann ich mich rücksichtlich des II, folgeweise auch III mit jenem in genauer Verbindung stehenden Falles, durch die Gründe Mittermaier's, so gewichtig und scharfsinnig sie auch sind, in meiner Ansicht nicht bekehrt erklären. — Die Fälle, welche nun erörtert werden sollen, sind: II ob Personalarrest als Vollstreckungsmittel in Civilsachen wegen Geldschulden zulässig sein soll" und „III ob gegen den Fremden der Arrest zu Gunsten eines Inländers gestattet seyn soll." Ich fasse beide Fälle zusammen, weil es an triftigen Gründen fehlt, zu meinem Zwecke und von meinem Standpunkte aus, die von Mittermaier vorgenommene, zu seinem Zwecke und von seinem Standpunkte aus in systematischer Beziehung gewiß notwendige Trennung beizubehalten. Denn während ich der Ansicht bin, daß wegen Geldschulden, was wol auch auf bereits bestehende, nicht erst durch den Schuldner (Executen) zu verfertigende Gegenstände Anwendung findet, der Personalarrest als Vollstreckungsmittel unbedingt, ohne jede weitere Unterscheidung zulässig sei, spricht sich Mittermaier für das Gegenteil aus und zwar zu Gunsten des Inländers — als Schuldners — unbedingt, zu Gunsten des Ausländers — als Schuldners — dagegen mit Berücksichtigung des Umstandes, ob der fremde Staat, dem der Ausländer, mit welchem ein Inländer in ein Rechtsverhältniß getreten ist, angehört, den von einem inländischen Gericht ergangenen Urteilen die Execution gewährt oder versagt [1]). — Gewährt der fremde Staat die Execution auf Grundlage eines inländischen Urteils nicht, so ist nach Mittermaier die Personalexecution eher zu rechtfertigen, obgleich auch in dem Falle die Unzulässigkeit derselben gewünscht wird [2]).

Ich teile vollends die Ansicht Mittermaier's, „daß die Leiden, welche mit dem Verlust der Freiheit verbunden sind, die Nachtheile für die Gesundheit des Schuldners, die Zerstörung seines Familienglücks,

[1]) Archiv f. civ. Pr. XIV, S. 252.
[2]) Archiv f. civ. Pr. XIV, S. 253.

die Nachtheile für die Familie des Schuldners“ [1]) nicht gering anzuschlagen sind, daß es Fälle geben könne, wo dieselben „gar nicht im Verhältniß stehen mit dem Geldverluste, welchen der Sieger leiden kann.“ Allein unerwiesen und willkührlich ist die Anname, daß die geschilderten Nachteile für den Schuldner gar nicht im Verhältniß stehen können mit dem Geldverluste, welchen der Sieger leiden kann. Im Gegenteil. Es ist möglich, daß die Nachteile, welche aus der Personalexecution für den Schuldner entstehen, bei weitem geringer sind, als der Geldverlust des Gläubigers. Vollends muß ferner geläugnet werden, als ob sich ein richtiges Verhältniß zwischen den aus der Personalexecution resultirenden Nachteilen für den Schuldner und dem möglichen Geldverlust des Gläubigers nicht ermitteln ließe, was, wenn auch nicht direct ausgesprochen, so doch aus jener angeführten Stelle zu entnehmen ist. — Uebrigens müßte man jede Strafe, weil sie größere Nachteile für den Sträfling und dessen Familie herbeiführen kann, als die Vorteile es sind, welche sich aus der Bestrafung von Verbrechen (im w. S. d. W.) für die öffentliche Ordnung und Sicherheit ergeben, für verwerflich erklären, — was wol Niemand mit einigem Grund behauptet haben kann.

Wahr ist es, „daß unsere Gefängnißanstalten wahre Anstalten der Demoralisirung sind, aus welchen der Gefangene verdorbener, als er hineinkömmt, tritt“ [2]). Allein dadurch gewinnen wir nicht die Ueberzeugung, die Personalexecution wegen Geldschulden sei auszuschließen, sondern nur die, unsere Gefängnißanstalten seien besser, wie es ihr Zweck erheischt, einzurichten [3]).

Wahr ist es, „der Personalarrest erscheint als ein Uebel, welches den Character einer Strafe an sich trägt“ [4]) und ebenso wahr und richtig, wenn Mittermaier sagt: „Viel zweckmäßiger erscheint uns aber, den Begriff des strafbaren Betrugs selbst zu erweitern und auch in den Fällen, in welchen Code Civ. Art. 2059 nur persönliche Haft anwenden läßt, Strafe eintreten zu lassen [5]).

Diese einander gegenübergestellten Sätze scheinen einander zu widersprechen; — allein der Widerspruch ist eben nur ein scheinbarer,

---

[1]) Archiv f. civ. Pr. XIV, S. 129.
[2]) Archiv f. civ. Pr. XIV, S. 131.
[3]) Etwa in der Weise wie die Strafanstalt Karthaus bei Jitschin. S. Fragmente aus Wahlberg's (in Holtzendorff's deutscher Strafrechtszeitung) „Aufzeichnungen über die Straf- und Zwangsarbeitsanstalten in Oesterreich.“ (Gerichts-Zeitung XV. Jahrg. 29, 30, 31.)
[4]) Archiv f. civ. Pr. XIV, S. 131.
[5]) Archiv f. civ. Pr. XIV, S. 266.

im Ausdruck gelegen, nicht aber in dem Gedanken, der durch jenen ausgedrückt werden soll. Denn es liegt ein bedeutendes Zugeständniß zu unseren Gunsten vor, wenn Mittermaier den Begriff des strafbaren Betrugs erweitert wissen will und für diesen Personalhaft unter dem Titel einer Strafe eintreten läßt. — Daß ferner der Personalarrest als ein Uebel erscheint, „welches den Character einer Strafe an sich trägt," ist nur eine Wortdifferenz gegenüber dem letzteren Satze. — Die Strafe wegen strafbaren Betruges soll nach Mittermaier häufiger Anwendung finden, weil er eben den Begriff des strafbaren Betruges erweitert wissen will. — Will man nun diese Begriffserweiterung des strafbaren Betruges vornehmen, ohne sich dem Vorwurf einer Willkührlichkeit auszusetzen, — so wird man notwendig zugeben müssen, daß jede Nichtzahlung der Schuld unter den Begriff eines strafbaren Betruges fallen muß, indem jedem, der nicht freiwillig solvirt, wenigstens eine culpa zur Last gelegt werden kann. Es müßte demnach gegen Jeden, der nicht freiwillig zalt, die Personalhaft als Strafe wegen strafbaren Betruges verhängt werden. — Ob nun aber die Gefängnißhaft civilrechtlicher Personalarrest, oder Gefängnißstrafe heißt, kommt in Wahrheit auf eines und dasselbe hinaus. Ja noch mehr; die Gefängnißhaft als civilrechtlicher Personalarrest mag für den Schuldner selbst vorteilhafter sein, als wenn diese unter dem Titel einer Strafe verhängt wird; indem zu allen mit jener verbundenen Nachteilen bei dieser in der Regel nach den meisten Strafgesetzen noch mehrere hinzutreten.

Die Motive, welche die Einführung der Personalexecution in mehreren Staaten, so in Frankreich, Oesterreich ꝛc. hervorgerufen haben, und für deren Beibehaltung sprechen, schlägt Mittermaier viel zu niedrig an, als daß wir hiedurch in unserer Ansicht beirrt werden sollten.

So viel ist gewiß, daß es nicht mit gutem Grund geläugnet werden könne, daß die Personalexecution die Zwecke, welche sie realisiren soll, in vielen Fällen erreichen läßt, und die Erfahrung bestätigt diese auch im Wege der Abstraction zu gewinnende Ansicht. Nicht selten werden Schuldner zur Entdeckung ihrer verborgenen Hilfsquellen bewogen. Nicht selten werden reiche Verwandte veranlaßt, die Zalung der Schulden ihres Verwandten zu übernehmen, welche, gäbe es nicht dieses äußerste Mittel, die Zalung nie geleistet hätten. Die von Mittermaier beigebrachte Tabelle des Schuldgefängnisses von Paris liefert in meinen Augen statistische Daten, welche anders, als von Mittermaier, gedeutet werden können. Denn es geht aus den in Frage stehenden statistischen Daten keineswegs die Behauptung Mittermaier's

hervor, „daß gewöhnlich nur solche Personen, die kein Vermögen haben, und durch Leichtsinn oder Unglücksfälle außer Stand zu zahlen kommen, der Personalarrest trifft". Im Gegenteil wird man finden können, daß die Zal der Fälle, in denen die Hoffnung begründet ist, „daß die Schuldner ihre verborgenen Hülfsquellen entdecken oder von reichen Verwandten befreit werden" (401 Fälle) gegen jene, wo dies gegründeterweise nicht vorauszusetzen ist (405 Fälle), so ziemlich das Gleichgewicht hält.

Uebrigens befürchte man nicht, daß Personalexecutionen von Gläubigern ohne irgend welche sichere Gründe, daß sie hiedurch zu ihren Forderungen gelangen werden, in Vollzug gesetzt werden, da doch die Alimentationsfrage mit im Spiele ist. Es ist aber nicht recht zu begreifen, weshalb der Gläubiger dieses oft einzig und allein zu dem Ziele, seine Befriedigung zu erlangen, führenden Mittels beraubt werden soll.

Daß die Behauptung Mittermaier's, Personalexecutionen seien wegen Geldforderungen nicht zu gestatten, unrichtig sein dürfte, glaube ich auch daraus folgern zu können, daß Mittermaier den Personalarrest als Sicherstellungsmittel [1]) für zulässig erklärt [2]). Ich sehe aber auch darin einen nicht leicht erklärbaren Widerspruch.

Denn wird schon der Personalarrest als Sicherstellungsmittel gestattet, so kann dies mit noch besserem Grund von dem Personalarrest als Executionsmittel behauptet werden.

Gegen den Personalarrest als Sicherstellungsmittel ließen sich wol weit besser die von Mittermaier gegen die Anwendung desselben als Vollstreckungsmittel angeführten, im Vorhergehenden näher besprochenen Gründe geltend machen.

Betreffend den vierten Fall, „in wie ferne in Handelssachen persönliche Verhaftung als Executionsmittel zugelassen werden soll" führt Mittermaier mehrere Gründe gegen die heutige Ausdehnung des Wechselrechtes an. Nach ihm soll „das Wechselinstitut nur zum Vortheil des eigentlichen Kaufmanns gegeben seyn und die Kraft, daß gegen

[1]) Ein lebhafter Streit darüber, ob der (wechselrechtliche) Personalarrest zur Sicherstellung (nach österr. Rechte) zulässig sei, wurde in neuester Zeit in Oesterreich geführt. Für den (wechselrechtlichen) Personalarrest zur Sicherstellung kämpften Dr. Schweinburg (Gerichts-Zeitung XVI, 4) und Dr. Kiesler (Gerichtshalle IX, 6 und 15). Die Unzulässigkeit desselben wurde vertreten durch Fichmann (Gerichts-Zeitung XVI, 15) und in der Gerichtshalle (IX, 9).

[2]) Archiv f. civ. Pr. XIV, S. 254.

den Wechselverbundenen Personalarrest eintrete, auch nur auf den Fall eingeschränkt seyn, wenn ein wahrer Handelsmann aus dem Wechsel belangt werden soll." Der eigentliche Schlüssel zur Erklärung dieser Ansicht liegt aber in dem Satze „das Wechselinstitut soll für den Kaufmann das seyn, was für den Nichtkaufmann das Hypothekarinstitut ist." Nun bedarf es nicht vielen Scharfsinns, um einzusehen, daß in dem Ausspruche „das Wechselinstitut soll für den Kaufmann das seyn, was für den Nichtkaufmann das Hypothekarinstitut ist" ein frommer Wunsch liege, der aber eigentlich darauf hinauskäme, Jedem, der weder Immobilienbesitz auszuweisen im Stande ist, noch in die Kategorie der Kaufleute gehört, die Möglichkeit zu benehmen, den Credit für sich in Anspruch zu nehmen. Wir können uns nicht erklären, wie man nach einer so falschen Behauptung wenige Zeilen weiter den eigentlichen Grund der Haftverbindlichkeit des Kaufmanns mit seiner Person so treffend eingesehen haben kann, wie sich dies aus dem folgenden wörtlich angeführten Satze ergibt. „Während der Letzte (der Nichtkaufmann) durch ein weise eingerichtetes Hypothekenwesen hinreichenden Credit findet, muß der Kaufmann, der keine Immobilien besitzt, oder sie, wenn er sie auch besitzt, nicht für jedes Handelsgeschäft verpfänden kann, auf eine andere Weise entschädigt werden, um Credit auf eine rasche Weise zu erhalten, und zwar indem er mit seiner Persönlichkeit haftet, und das persönliche Vertrauen, das er bei seinen Handelsfreunden genießt, gleichsam zum Pfande setzt" und weiter: „Es ist das Vertrauen, welches der Contrahent zu der Geschäftsthätigkeit, zu der Ordnungsliebe, zu der Rechtlichkeit und der Besonnenheit des Kaufmanns hat", das ihn veranlaßt „in Geschäfte sich mit ihm einzulassen."

Diese von Mittermaier für die persönliche Haftverbindlichkeit des Kaufmanns angeführten Argumente sind so überzeugend, daß die persönliche Haftverbindlichkeit schwerlich Jemand treffender begründen könnte, — daher können dieselben ohne Weiteres zur Erhärtung meiner These, die Personalexecution sei wegen allen Schulden, ohne Rücksicht auf die Frage, wessen Standes der Schuldner ist, für zulässig zu erklären, dienen und auch vollständig genügen. Denn es treffen ganz die nemlichen Voraussetzungen, welche Mittermaier folgerichtig mit der Anschauung, die er verteidigt, nur rücksichtlich des Kaufmanns vorbringt, auch bezüglich des Nichtkaufmanns zu, welcher keinen Immobilienbesitz hat und wol auch den Kredit für sich in Anspruch zu nehmen in die Lage kommen kann, aber denselben nicht finden könnte, oder nur unter sehr harten Bedingungen, wenn man neben der Ausschließung

der Personalexecution wegen gemeinrechtlicher Schulden zum Ueberfluß noch die Unanwendbarkeit des Wechselrechtes auf diese Personen festsetzen wollte. — Ja noch mehr. Es lehrt die Erfahrung, daß selbst Immobilienbesitzer in der Regel besonders in den Fällen, in welchen die Schuld nur auf kürzere Zeit contrahirt wird, in Staaten, wo die Anwendung des Wechselrechtes auf Kaufleute nicht beschränkt ist, leichter auf Wechsel, als auf Hypotheken-Kredit finden. Dieses bringt aber nicht etwa ein geringerer Grad von Sicherheit des Gläubigers, sondern der heutige langsam zum Ziele führende gewöhnliche (ordentliche) prozessuale Weg mit sich.

Will man demnach die größere Menschenmenge, welche weder Immobilienbesitz hat, noch dem Kaufmannsstande angehört, des gegenwärtig einzigen Mittels, durch den Kredit sich und ihrer Familie eine hinreichende, sichere Erwerbsquelle zu eröffnen, nicht berauben, so muß man naturgemäß Maßregeln treffen, welche für beide vertragschließenden Teile nur vorteilhaft sein können; — vorteilhaft für den Schuldner, weil er den Kredit überhaupt oder um billigere Bedingungen nur unter Voraussetzung dieser finden kann, vorteilhaft für den Gläubiger (Kapitalisten), da er seine überflüssigen Kapitalien, welche er, sei es aus Mangel der erforderlichen technischen Kenntnisse, sei es aus Bequemlichkeit und Arbeitsscheu nicht fruchtbringend machen kann, gegen Zinsen anzulegen in der Lage sein wird.

Hebt man dagegen die Personalexecution wegen gemeinrechtlicher Schulden auf, erklärt das Wechselrecht als nur den Kaufmann bindend, so wird der Kredit, ein bedeutender Factor in unseren wirtschaftlichen Verhältnissen in schiefe Bahnen gelenkt, anstatt gesteigert zu werden müßte derselbe sich notwendig sehr einengen, ob nun zum Vorteil oder Nachteil der Kapitalsuchenden und im Besitz derselben Stehenden? — darüber dürfte die Antwort nicht zweifelhaft sein. Der Zustand, welcher durch einen derartigen Stand der Dinge herbeigeführt würde, wirkte selbstverständlich auf die Volkswirtschaft schädlich ein. — Durch ähnliche Maßregeln würde ein zalloses Proletariat teils künstlich erzeugt, teils künstlich erhalten. Es träte eine Ausbeute der Arbeitskräfte der kapitallosen Menge zum überwiegenden Vorteil der Arbeitsgeber in noch höherem Maße ein, als es leider schon der Fall ist! Mit einem Worte, es würde einer gewissen Menge vermögender Personen die größere vermögenslose, auch dem Kaufmannsstande nicht angehörende Volksmenge zum Opfer gebracht, — ein Zustand herbeigeführt, der bis auf die leere Phrase der Freiheit und Gleichberechtigung, — der Leibeigen-

schaft vollkommen gleichkäme. Die Manufacturen und die Industrie, diese Hauptelemente des Volkswolstandes, müßten untergehen durch den Mangel an einer zwar nicht arbeitsuntüchtigen, so doch der notwendigen Materialien zum Betrieb derselben entbehrenden Bevölkerung. Der Betrieb dieser würde in die Hände jener besitzenden Bevölkerung ausschließlich gelegt, die arbeitsfähig und nicht arbeitsscheu ist. Doch auch für diese geringere Menge der Produzenten könnten die Manufacturen und die Industrie den Gewinn nicht abwerfen, den sie sonst könnten. Denn die größere im Inland zur Konsumtion berufene Bevölkerung entbehrte des Mittels, welches jede Konsumtion voraussetzt, nemlich des Geldes, sie müßte sich daher notwendig auf die unentbehrlichsten Lebensbedürfnisse beschränken. — Denkt man sich einen derartigen Zustand überall, nimmt man, ohne eine so weitgehende Voraussetzung machen zu müssen, auch darauf Rücksicht, daß schon in gar vielen Staaten, trotz der Nichteinschränkung des Wechselrechtes auf Kaufleute und der hiemit in Verbindung stehenden größeren Kreditgewährung, bei vollständiger Freigebung des Handels die inländische Industrie ruinirt werden muß, weil das Ausland möglicherweise mehr und wolfeiler produzirt, so wird man die Lage, in welcher sich die inländischen Industriellen befinden würden, kläglich finden. Nicht genug, daß sie in das Ausland nichts transportiren können, hätten sie auch im Inland keinen Absatz. Daß aber Handel und Manufacturen die wichtigsten Stützen des Volkswolstandes seien, ist klar und hat der verkannte deutsche Nationalökonom Friedrich List in seinem Werke: „Das nationale System der politischen Oekonomie", wie ich glaube, überzeugend dargestellt.

Uebrigens geht Mittermaier von der willkührlichen Voraussetzung aus, „daß bei dem Nichtkaufmann die Rücksicht auf kaufmännische Ehre nicht eintritt." Ich frage aber, ob es keine der kaufmännischen Ehre mehr oder weniger gleichkommende gibt? Verneint man die Frage, so müßte man Mittermaier beipflichten, weil sonst der Personalarrest ein überflüssiges, zu keinem Resultate führendes Mittel wäre; — bejaht man sie dagegen, so wird man notwendig die Ansicht, die ich vertheidige, teilen müssen.

Ist aber die kaufmännische Ehre wirklich so groß, wie sie Mittermaier schildert, daß der Kaufmann das höchste Interesse hat, „es nicht zum Wechselarreste wirklich kommen zu lassen und Alles abzuwenden, damit der Credit unverändert bleibe und lehrt die Erfahrung, daß selbst die Verwandten des Kaufmanns, gegen den ein Wechselarrest

droht, lieber jedes Opfer bringen, um von ihrem Verwandten den Nachteil abzuwenden, den das Eintreten des Arrests haben muß," so ist, glaube ich, unter anderem dem Umstande, daß gegen den Kaufmann der Wechselarrest zulässig ist „das höchste Interesse, es nicht zum Wechselarreste wirklich kommen zu lassen" zuzuschreiben, weil für ihn selbst eine kurze Trennung von seinem Geschäfte, die jeder Arrest mit sich bringt, die größten materiellen Nachteile herbeizuführen droht; — nicht aber in erster Linie seiner Ehre, einem bezüglich der Kreditsfrage zwar wichtigen und schätzbaren, jedoch bei weitem nicht ausreichenden Factor, indem diejenigen, welche Kredit geben, reelle Mittel haben wollen, die sie nötigenfalls gegenüber ihren Gläubigern, auf deren Ehre sie bei der Vertragschließung einiges Gewicht gelegt haben mochten, in der Folge anwenden können, wenn sie sich, was nicht selten der Fall ist, in der vorzüglichen Berücksichtigung der Ehre ihrer Schuldner beim Vertragsabschluß getäuscht hätten. Der Wechselarrest ist das Mittel, die Trennung vom Geschäft die eigentliche Ursache, welche jene Wirkung beim Kaufmann hervorruft, daß er das höchste Interesse hat, „es nicht zum Wechselarrest wirklich kommen zu lassen"; nicht aber die kaufmännische Ehre, welche nur die Wirkung jener Ursache ist. Man kann demnach Mittermaier den Vorwurf machen, daß er die Wirkung mit der Ursache verwechselte.

Allein auch dem Nichtkaufmann kann (freilich nicht kaufmännische) Ehre nicht abgesprochen werden. Auch ihm ist, wenn er überhaupt einem (nicht kaufmännischen) Geschäfte nachgeht, der ungestörte und unausgesetzte Betrieb desselben ein hohes Gut. Für ihn können durch eine Trennung von dem Geschäfte, wenn auch nicht absolut (numerisch), so doch relativ selbst größere materielle Nachteile entstehen, als für den Kaufmann. Ohne nun an die Ehre des Nichtkaufmannes zu appelliren, kann man getrost behaupten, es sei auch für ihn das höchste Interesse, es zum Wechselarreste nicht kommen zu lassen.

Hinsichtlich des ferneren Grundes, daß es die Erfahrung lehre, „daß die Verwandten des Kaufmanns, gegen den ein Wechselarrest droht, lieber jedes Opfer bringen, um von ihrem Verwandten den Nachtheil abzuwenden, den das Eintreten des Arrests haben muß," ist nur die Frage zu stellen, ob es gegründet sei, nur den Verwandten des Kaufmanns eine derartige Opferwilligkeit zuzuschreiben.

2. Ich habe oben behauptet, die gemeinrechtliche Forderung verdiene, wenn sie exequirbar geworden, gegenüber der wechselrechtlichen den Vorzug. Diese Behauptung muß mindestens bei unserem heutigen

prozessualen Verfahren (in Oesterreich) gegründet erscheinen. Denn es besitzt der Wechselgläubiger schon darin einen erheblichen, nicht genug hoch anzuschlagenden Vorteil, daß der Wechselverpflichtete nach der Ueberreichung der Klage in kürzester Frist (binnen drei Tagen) die Wechselsumme sammt den Nebengebühren zu entrichten oder seine Einwendungen (§. 7 der Verordnung des Justizminist. vom 25. Jänner 1850, Nr. 52 R. G. B.) anzubringen und zu begründen hat; in welchem letzteren Falle auf möglichst kurze Zeit eine Tagsatzung zur Verhandlung hierüber, ob dem begehrten Zalungsauftrag Folge zu leisten sei oder nicht, bestimmt wird. — Geht nun dieser bedeutende Vorteil dem gemeinrechtlichen Gläubiger ab, so ist, weil eine Schuldverbindlichkeit in dem einen und dem anderen Falle wol besteht und die Unterscheidung zwischen einer gemeinrechtlichen und wechselrechtlichen Verbindlichkeit keinen inneren Halt hat, dem gemeinrechtlichen Gläubiger wenigstens dadurch ein teilweiser Ersatz zu bieten, daß ihm die erforderlichen Mittel zur endlichen zwangsweisen Durchsetzung seines Rechts, welche seine Geduld gar lange eine Probe bestehen ließ, wenn schon nicht in höherem Maße, so doch in demselben, wie dem Wechselverpflichteten zustehen. — Die Unterscheidung zwischen gemeinrechtlichen und wechselrechtlichen Verbindlichkeiten in Bezug auf die Execution ist aus dem Grunde nicht zu billigen, weil jede executive Realisirung des angesprochenen Rechts die Begründung und die Liquidität desselben zur notwendigen Voraussetzung haben soll [1]). Fordert man dies, so kann ein schnelles, gleichmäßiges Verfahren so gut wegen der gemeinrechtlichen Forderungen eintreten, wie dies wegen der wechselrechtlichen gegenwärtig der Fall ist. Das Wechselrecht, dessen Ursprung in die Zeit der Kreuzzüge fällt [2]), ist meiner Ansicht nach höchst wahrscheinlich durch eine recht langsame Rechtspflege hervorgerufen worden und geeignet die natürlichen Mängel, welche mit einer schleppenden Justiz verbunden sind, zum Teil zu beseitigen. Indessen ist gänzliche Beseitigung derselben ein allgemein gefühltes Bedürfniß und nicht gar so schwierig zu realisiren. Ist man ja doch schon in dem Besitze einer Verfahrungsart, welche trotzdem, daß sie schnelle Hilfe dem Berechtigten gewährt, keine gegründeten Besorgnisse entstehen läßt — dieses bestätigt auch die Erfahrung — der Schuldner könne ungerechterweise kondemnirt werden. — Zwar ist auch hier die Möglichkeit einer ungerechten Condemnatio vorhanden, allein entschieden muß es geläugnet werden, als ob die

[1]) Freilich ist dies nach unserem geltenden Rechte nicht der Fall.
[2]) Martens S. 108, Blaschke S. 2.

ungerechte Kondemnation des Belangten eine notwendige Folge der Schnelligkeit des Verfahrens wäre. — Ist aber etwa eine ungerechte Urteilsfällung bei einer so lang währenden Prozedur, wie die unsrige ist, unmöglich? Bestätigen nicht viele Thatsachen diese Behauptung?

Sind demnach einerseits Nachteile sowol in dem Falle, wenn das Verfahren vor Gericht ein schnell zum Ziele führendes ist, als auch in dem, wenn dasselbe nach einer Reihe von Jahren zur Execution führt und wieder diese so lange dauert (wie in Oesterreich), daß schon während des Zeitraumes zwischen dem rechtskräftig gewordenen Urteil und der Erhebung des durch die Feilbietung gewonnenen Erlöses der ganze Rechtsstreit abgewickelt sein könnte, — möglich; andererseits in dem ersteren Falle ein bedeutender Vorteil, welcher in der Schnelligkeit des Verfahrens liegt, erreichbar, — so ist es ein Gebot der Vernunft, jene Verfahrungsweise zu wählen, welche Vorteile gewährt.

Gegen die Nachteile, welche für den Gläubiger aus einer unnützen Verschleppung des Rechtsstreites entstehen, stehen diesem in der Regel keine genügenden Hilfsmittel zu Gebote, während dem Schuldner, welcher selbst in zwei Instanzen unbilligerweise kondemnirt worden ist, oder der wegen des zu kurzen(?) Zeitraumes zur Verteidigung und Aufbringung des ganzen Defensionsapparates, zu welchem Zwecke für Viele auch 100 Jahre nicht genügen werden, die condemnatio oder, weil sie sich nicht in jedem Falle einstellen muß, die Anerkennung des vom Kläger angesprochenen Rechts zu verhindern nicht vermochte, ein hinreichendes Mittel in der Restitution, das ist: in der Möglichkeit eine neue Klage anzustrengen, zu Gebote steht.

3. Es ist nun nicht schwer, nach dieser Auseinandersetzung einzusehen, daß der Grundsatz des österr. Prozeßrechtes (§. 465 westgal. G. O.), wornach wegen Schulden der Personalarrest als Executionsmittel zulässig ist, sachgemäß zu nennen sei, wenn sich auch im Einzelnen, so namentlich gegen die Bestimmung, der Schuldner müsse den Arrest ununterbrochen ausgestanden haben, gegen die Nichtberücksichtigung des Betrages der Schulden so Manches mit gutem Grunde einwenden ließe.

Der §. 409 d. westgal. G. O. steht mit der von Mittermaier ausgeführten und von mir akzeptirten Ansicht im Einklang. — Dagegen ist dies schon nicht mehr der Fall bezüglich des §. 410 westgal. G. O., obgleich die in diesem §. erwähnten Dienste „kann aber die Arbeit von einem Dritten nicht zu Stande gebracht werden, so soll der Richter auf Anlangen des Klägers den Beklagten durch Geld- oder

andere Strafen zwingen, daß er ſeiner Schuldigkeit Genüge leiſte" in die Kategorie der geiſtigen Arbeit gehören dürften, deren Erfolg von freier Willensbeſtimmung zumeiſt abhängt. Freilich wird ein verſtändiger Gläubiger den Perſonalarreſt, der ihm geſetzlich als Executionsmittel zuſteht, nicht anwenden, indem die Hilfe, welche er in der Einklagung des Wertes der Arbeit und ſeines Schadens finden kann, eine angemeſſenere iſt; es wäre denn, daß er z. B. von ſeinem Porträtmaler „eine recht ſcheußliche Fratze wünſcht". — Die Beſtimmung des erſten Teils des §. 410 der weſtgal. G. O. wird auch wol äußerſt ſelten in der Wirklichkeit Anwendung finden; eine Beſtimmung aber, welche auf ſo falſchen Grundlagen beruht, wie die ſoeben beſprochene, ſollte ſich in einem Geſetzbuche, welches nur praktiſche Fälle vor Augen haben ſoll, nicht vorfinden und hinkünftig, glaube ich, unter den Tiſch fallen.

An unſeren geſetzlichen Anordnungen über die Execution finde ich noch Folgendes vorzüglich zu rügen: 1. daß der Feilbietung in der Regel [1]) zwei abgeſondert vorzunehmende Akte: die Pfändung und die Schätzung vorangehen müſſen, ſo daß die Execution aus drei verſchiedenen Akten beſteht [2]), während zwei abgeſondert vorzunehmende Akte, ſei es nun, daß die Schätzung mit der Pfändung [3]), ſei es, daß dieſe mit der Feilbietung reſp. Einantwortung verbunden würde, vollkommen genügten. — Folgerichtig muß man auch die Beſtimmung des §. 427 der weſtgal. G. O., wodurch unnütze Schreibereien und Kommiſſionen, welche, wir wollen es nicht in Abrede ſtellen, für die Gerichtskommiſſäre vorteilhaft ſein können, allein nicht für die im Streite begriffene berechtigte Partei, deren Recht bereits exequirbar geworden iſt und daher mehr Berückſichtigung verdient, als der kondemnirte Schuldner, — wegen des ungebührlichen Aufſchubes der Realiſirung des Rechts der ſiegenden Partei und wegen des Koſtenpunkts für den Schuldner, welcher unter Umſtänden auch den Gläubiger trifft, tadeln. 2. Sind die drei Feilbietungstermine des §. 432 weſtgal. G. O. nicht zu rechtfertigen, weil während eines Zeitintervalls zwiſchen den einzelnen Feilbietungsterminen, welches nur kurz ſein kann, in der Regel die Verhältniſſe, welche auf die Preisbildung Einfluß haben, nemlich das Angebot und die Nachfrage keiner ſo durchgreifenden Aenderung unter-

[1]) Einige Körperſchaften genießen in dieſer Beziehung Begünſtigungen.
[2]) §§. 454, 459, 460, 428, 429, 432 d. weſtgal. G. O. Die beiden letzteren §§. ſind modifizirt durch die Verord. v. 16. Dez. 1851, § 6, N. 258 R. G. B.
[3]) „Pfändung und Schätzung ſollen immer vereint ſein, die Feilbietung ſich ohne weiteres Begehren ſelbſtverſtändlich anſchließen." Kopp, Zur Juſtizreform. (Gerichtshalle IV, 27.)

liegen können, als daß sich bei einem ungenügenden Anbot am ersten Feilbietungstermine ein mehr günstiger am zweiten resp. dritten einstellen sollte [1]). — Lehrte aber selbst die Erfahrung das Gegenteil, so wäre dies eben dem Umstande, daß drei Feilbietungstermine bestehen und nur an dem dritten das Gut unter dem Schätzungswert veräußert werden kann, zuzuschreiben. Denn die meisten Kauffähigen und Kauflustigen werden wegen der notorischen Thatsache einer in der Regel zu hoch gegriffenen Schätzung an den ersten Feilbietungsterminen zu erscheinen abgeschreckt. — Dieser Umstand hat offenbar eine Verrückung der natürlichen Gesetze der Preisbildung zur Folge.

Mit apodiktischer Gewißheit kann man behaupten, daß der Preis, welchen man überhaupt erlangt, bereits an dem ersten Feilbietungstermine erzielt werden könnte, wenn man die Anordnung des §. 432 westgal. G. O. aufheben würde. — Es lehrt aber auch die Erfahrung, daß die zwei ersten Feilbietungstermine wegen der oben erwähnten unverhältnißmäßig hohen Schätzung, an die sich verständige Käufer wol nicht halten werden, in der Regel fruchtlos ablaufen, ja daß nicht selten der Fall eintritt, daß sich gar kein Kauffähiger einfindet. Auf diese Weise sinkt eine von der Tendenz, säumige Schuldner möglichst zu beschützen, getragene gesetzliche Anordnung zu einem bloßen Formalismus und Mechanismus herab, welcher der Natur der Sache und dem Zeitgeiste widerstreitet und in mancher Beziehung mehr zu tadeln ist, als die sehr oft nur grundlos gerügten Solennitäten der Römer, von denen gar manche auch in unserer Zeit sehr gut anwendbar wären.

Der §. 433 westgal. G. O. läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn der die Execution ansuchende Gläubiger in den Nichtverkauf einwilligt oder die interessirten Gläubiger seine Forderung berichtigen, wie dies sachgemäß §. 462 a. b. G. B. rücksichtlich der „Einlösung der Forderung, wegen welcher die Feilbietung angesucht worden", aber unerklärlicherweise nur „vor der Feilbietung des Gutes" bestimmt.

3. Unerklärlich sind mir ferner die Anordnungen des §. 463 a. b. G. B. und §. 449 westgal. G. O., wornach der Schuldner bei der Versteigerung mitzubieten nicht berechtigt ist, während eine entgegengesetzte Bestimmung für den Executen und den Executionsführer vorteilhafter wäre; — für den ersteren, weil er nicht außer Besitz der verpfändeten Sache, welche für ihn einen weit höheren Wert haben kann [2]),

[1]) S. Cooke's Gesetze der Preise. Außerordentliche Umstände, wie die Witterungsverhältnisse und die Kriege, bewirken Preisschwankungen. Bd. II, S. 32 fg.
[2]) Außerordentlicher Wert. §. 305 a. b. G. B.

als für jeden Dritten, geſetzt wird, für den Executionsführer, weil der Anbot des Executen höher ſein muß, als der aller anderen Lizitanten, wenn ihm die Sache belaſſen werden ſoll. — Daß ſich nicht ſelten das für beide Teile nur günſtige Reſultat erzielen ließe, lehrt ſchon eine geringe Kenntniß der beſtehenden Verhältniſſe. Die Anhänglichkeit des Beſitzers an ſeine Sache, der Wunſch, dieſelbe nicht für immer zu verlieren, veranlaßt ihn nicht ſelten, dieſelbe unter ſo harten Bedingungen zu verpfänden, daß er weit beſſer fahren würde, wenn er ſie ſogleich veräußert hätte. — Wenn nun dieſes in manchem Menſchen mehr, im anderen minder ſtarke Verlangen, ſich von ſeiner Sache nicht zu trennen, die Veranlaſſung bildet, ſich wol in den meiſten Fällen die bloße Hoffnung, wieder in den Beſitz ſeiner Sache zu gelangen, oft ſehr theuer zu erkaufen, — in welch höherem Grade wird dieſes Verlangen in ſolchen Momenten eintreten, wo er definitiv von der Sache, die für ihn einen beſonderen Wert haben kann, getrennt werden ſoll. Wollte man aber etwa darin, daß dem Schuldner das Mitbieten durch das Geſetz verſagt wird, eine gerechte Strafe dafür finden, daß er im Beſitz des nötigen Geldes zur Feilbietung kommen ließ, ſo muß ich bemerken, daß dieſe Art Strafe ſehr unzweckmäßig wäre, weil möglicherweiſe ſelbſt die Gläubiger des Executen dadurch leiden, weil der Erlös, wenn man den Schuldner zum Mitbieten zuließe, möglicherweiſe ein größerer wäre, weil den übrigen Gläubigern, welche aus dem erzielten Erlöſe ihre Befriedigung nicht erhalten konnten, in vielen Fällen, beſtünden die Beſtimmungen der §§. 463 a. b. G. B. und §. 449 weſtgal. G. O. nicht, die Möglichkeit, eine neue Realexecution vorzunehmen, nicht benommen wäre.

Zeiller meint[1]), der §. 463 a. b. G. B. ſei auf die Weiſe zu erklären: Bezahlt der Schuldner die Schuld nicht, ſo ſtreitet wider ihn „die gegründete Vermuthung, daß er ſeinen Anboth nicht erfüllen könne". Beſteht allein noch jene gegründete Vermutung, wenn der Schuldner ſeinen Anbot erfüllen kann und erfüllt? Beſſer iſt die Erklärung Winiwarter's[2]): Wäre der Schuldner „den exequirenden Gläubiger zu befriedigen im Stande, ſo könnte er die Feilbietung noch in dem Augenblicke, als ſie vorgenommen werden ſoll, ſiſtiren." Wie nun? wenn der Schuldner in der Hoffnung, er werde den Executionsführer zum Zurücktritt von der Feilbietung bewegen, bis zum Aeußerſten kömmen läßt und hiedurch erſt ſich veranlaßt findet bei Nachbarn, die

[1]) Commentar II. Band 1. Abth. ad §. 463.
[2]) II. Theil ad §. 463.

er ſonſt nicht um Geld angegangen wäre, ein Darlehen aufzunehmen und ein ſolches wirklich erhält.

Von einer Verſchiebung der Befriedigung des exequirenden Gläubigers hiebei zu ſprechen, wie dies Winiwarter thut, iſt nicht leicht begreiflich, indem ja der Anbot bar erlegt werden muß.

4. Bevor allein die executiven Schritte, von welchen wir ſoeben gehandelt haben, eingeleitet werden ſollen, iſt es zweckmäßig und billig, in manchen Fällen ſogar abſolut notwendig dem Schuldner einige Zeit zu gönnen, daß er in den Stand verſetzt werde, dieſes äußerſte Mittel wider ihn, die Execution abzuwenden.

Daher muß ich mit Unger[1]) die Anordnungen der §§. 399, 400 weſtgal. G. O., 290, 300 a. G. O., wornach die Friſt zur Erfüllung des Urteils „jederzeit" in dem Urteil genau beſtimmt werden muß, billigen. Jedenfalls iſt dieſe Anordnung den diesfälligen Grundſätzen des gemeinen Rechtes vorzuziehen, „nach welchem der Sieger erſt um Erlaſſung des Hilfspräcepts bitten muß und hierauf erſt nach nutzlos verſtrichener Paritionsfriſt um die eigentliche Hilfsvollſtreckung bitten kann"[2]).

V. Die Cautionen.

1. Im römiſchen Rechte hatten die Cautionen ſowol auf dem Gebiete des materiellen, als auch auf dem des formellen Civilrechtes eine beſondere Bedeutung[3]). Namentlich gab es in ihrem prozeſſualen Verfahren viele Cautionen, welche heutzutage mit gutem Grund unpraktiſch geworden ſind. So wird z. B. die Anwendbarkeit der cautio judicatum solvi in dem heutigen Prozeſſe von den meiſten Rechtslehrern nach dem Zeugniſſe Heimbach's[4]) in Abrede geſtellt. Auch iſt die cautio de rato, welche im römiſchen Prozeſſe eine nicht geringe Stellung einnahm, nach der allgemein anerkannten Prozeßregel, daß auch für den Kläger kein Stellvertreter ohne Vollmacht zugelaſſen wird, im heutigen Prozeſſe unpraktiſch geworden[5]).

[1]) Syſtem II, S. 686, Anm. 23.
[2]) Unger, Syſtem II. Vgl. auch Liebe, Rechtslexicon von Weiske, Bd. IV. — Liebe meint, daß die Paritionsfriſt oft ſchon im Urteil gegeben wurde.
[3]) S. Schlayer über Cautionen (Linde's Zeitſchrift IX. Band): „Das eigentliche Feld ihrer Anwendung finden nun aber die Cautionen im Privatrecht und Civilprozeß."
[4]) Weiske's Rechtslexicon. Band II, S. 632.
[5]) Heimbach in Weiske's Rechtslexicon II, S. 636. Vgl. dagegen Schlayer a. a. O. — S. auch Entwurf e. allg. deutſch. C. P. O. §§. 111, 121, in welchen die Identität der Partei und des Vertreters anerkannt iſt.

Im öſterreichiſchen Rechte gibt es nur einen Fall (§. 539 der weſtgal. G. O.), welchen man unter den Begriff einer prozeſſualiſchen Caution zu ſubſummiren geneigt ſein könnte; doch wol mit Unrecht, indem der zu leiſtende Eid (§. 539 weſtgal. G. O.) das Verſprechen, „der Arme wolle die Prozeßkoſten bezahlen, ſobald er zu beſſerem Vermögen kommen ſollte“ nicht enthält. Von einer Caution kann aber nur unter dieſer Vorausſetzung die Rede ſein [1]).

Es kann demnach behauptet werden, die Cautionen gehören nach dem geltenden öſterreichiſchem Rechte dem materiellen Rechte an [2]).

2. Wenn man auch in der heutigen Geſetzgebung gegenüber dem römiſchen Rechte einen Vorzug darin finden muß, daß die Cautionen im Prozeſſe bedeutend eingeſchränkt worden ſind, ſo läßt ſich dagegen nicht läugnen, daß die gänzliche Ausſchließung derſelben, wie dies im öſterr. Rechte der Fall iſt, nicht zu rechtfertigen ſein dürfte. — Es iſt gewiß nicht zu bezweifeln, daß die Cautionen in dem materiellen Civilrechte eine vorzüglichere Bedeutung haben ſollen, als im Civilprozeſſe und daß deren Anwendung auf dem Gebiete des Strafprozeſſes, wenn die Voruntersuchung genügend ſchnell, wie dies das Beiſpiel Frankreichs in neueſter Zeit lehrt, abgeführt wird, ſich kaum empfehlen läßt. In dem letzteren Falle iſt nemlich die Ermittelung der Cautionsſumme gar nicht möglich. Eine willkührliche Feſtſetzung derſelben durch den Richter oder eine ebenſo unzureichende durch das Geſetz getroffene Beſtimmung des als Caution zu leiſtenden Betrages ſind die Wege, auf welchen bald eine zu hohe, bald eine zu niedrige Cautionsſumme ermittelt würde. Es läßt ſich nicht in Abrede ſtellen, daß diejenigen Factoren, welche auf die Beſtimmung der Cautionsſumme Einfluß nehmen ſollen, dem Richter, da die Feſtſetzung der Cautionsſumme durch das Geſetz gar nicht tunlich iſt, in den wenigſten Fällen bekannt ſein können, daß deren ſofortige annäherungsweiſe genaue Erhebung, um die Haft, welche die Cautionsleiſtung beſeitigen ſoll, nicht eintreten zu laſſen, zumeiſt illuſoriſch iſt, — daher auch die Feſtſetzung der Höhe des als Caution zu leiſtenden Betrages rein auf richterlicher Willkühr beruhen muß. Die Factoren aber, welche bei der Feſtſtellung der Cautionsſumme in Betracht kommen müſſen, ſind die Größe des Verbrechens, deſſen ſich der Cautionsſteller ſchuldig gemacht haben ſoll und das Vermögen desſelben. Iſt ſchon die Erhebung des erſteren Momentes, wie die Erfahrung lehrt, ſehr ſchwierig; in welch' höherem

[1]) Buddeus in Weiske's Rechtslexicon II, S. 610.
[2]) Vgl. §§. 341, 342, 343, 688, 1343 a. b. B. B.

Grade muß dies rückſichtlich des letzteren der Fall ſein. Man fordere z. B. den Handelsmann auf, daß er ſeinen Vermögensſtand genau angebe, und man wird finden, daß er denſelben ſelten mit approximativer Genauigkeit anzugeben im Stande ſein werde. — Die Handelsbücher, könnte man meinen, bieten bei dem Handelsmann die beſte Grundlage für die Erhebung ſeines Vermögensſtandes und folgeweiſe auch für die Beſtimmung der Cautionsſumme. Indeſſen erlaube ich mir die Frage zu ſtellen, ob das Vermögen des Handelsmanns ausſchließlich oder wenigſtens überwiegend in dem Handelsgeſchäft placirt ſein muß? ob denn daher die Handelsbücher bei der Erhebung des Vermögensſtandes des Kaufmannes zur ausſchließlichen Richtſchnur dienen können? und wäre ſelbſt dies der Fall, ob die Handelsbücher eine gar ſo zuverläſſige Grundlage für die Beurteilung des Vermögensſtandes des Handelsmanns bilden können? Lehrt ja doch die Erfahrung, daß die Handelsbücher aus Abſicht oder Fahrläſſigkeit ſchlecht geführt werden. Iſt aber dies der Fall, ſo hieße es, jenem Handelsmann, welcher ſeine Handelsbücher unzuverläſſig führt und wegen eines — vielleicht ſelbſt aus ſeinem Handelsgeſchäft entſprungenen — ihm angedichteten Verbrechens Caution leiſten wollte, einen thatſächlichen Vorzug gegenüber jenem gewähren, deſſen Handelsbücher zuverläſſig ſind. Wie nun aber bei jenen, die Nichtkaufleute ſind und keine Bücher über ihre Activa und Paſſiva führen, der Vermögensſtand erhoben werden ſoll, iſt eine Frage, für deren gründliche Beantwortung kaum etwas Entſprechendes angeführt werden könnte. — Etwa den zu entrichtenden Steuerbetrag als Ausgangspunkt bei der Beſtimmung der zu leiſtenden Cautionsſumme zu wählen, dürfte wenigſtens bei uns, in Oeſterreich, wo der Cataſter ſehr unzuverläſſig iſt, zu gegründeten Bedenken Anlaß geben. Daß ſelbſt dieſer unzuverläſſige Maßſtab bei der großen Klaſſe von Perſonen, welche nur indirecte Steuern zahlen, abgeht, bedarf nicht einer näheren Beſprechung.

Was nun die Bürgenſtellung betrifft, ſo hat ſie nach meinem Erachten im Gebiete des Strafrechtes vom rechtsfiloſofiſchen Standpunkte aus gar keine Berechtigung, wiewol die römiſchen Geſetze, die peinliche Gerichtsordnung und viele Rechtslehrer nach dem Zeugniſſe des Buddeus[1]) dieſelbe zuließen. Es fanden ſich ſogar mehrere Rechtslehrer veranlaßt, „nicht nur die Bürgſchaft der Pfandverſicherung vorzuziehen, ſondern ſie ſogar als die einzig zuläſſige Caution anzuſehen.“

[1]) Weiske's Rechtslexicon II, S. 614.

Ich halte diese Caution, welche wegen civilrechtlicher Ansprüche vielfach zum Ziele führt, im Strafrechte aus dem Grunde für unzulässig, weil sie keine ausreichende Garantie bietet, daß der Zweck, den sie gewähren soll, wirklich realisirt werde. Der Zweck, welcher durch die Stellung von Bürgen erreicht werden soll, kann verständigerweise kein anderer sein, als daß der Verdächtige nicht entfliehen werde. Ob nun aber die Erreichung dieses Zieles bei bloßer Bürgschaftsleistung zu erwarten steht, möchte ich bezweifeln.

Von einer Verantwortlichkeit der Bürgen wird und sollte wenigstens billigerweise in allen den Fällen, in welchen ihnen kein Verschulden an der Flucht des Verdächtigen zur Last gelegt werden kann, keine Rede sein. Geht man allein von der Voraussetzung aus, welche manche Rechtslehrer machen, „das der Bürge den Angeschuldigten überwachen und vor Gericht sistiren werde“ [1]), so weiß ich mir offen gestanden nicht zu erklären, ob mit Grund und unter welchem Titel ein derartiges Ueberwachungsrecht dem Caventen eingeräumt werden könne, — und, löste Jemand diese beiden Fragen genügend, worin eigentlich der wesentliche Unterschied zwischen dieser Art Gefangenschaft und der Untersuchungshaft bestehen soll.

Da nun diese Art Caution ganz unhaltbar, jene nicht gut durchführbar ist, so muß man sich gegen die Anwendbarkeit der Cautionen im Strafrechte aussprechen.

Das einfachste und beste Mittel gegen Abwendung der mit der Untersuchungshaft verbundenen Nachteile, was auch wol die Anwendung der Cautionen im Criminalprozesse hervorgerufen haben mag, liegt ausschließlich in einer möglichst schnellen Voruntersuchung.

Anders verhält es sich auf dem Gebiete des Civilrechtes. Die Verbindlichkeiten, welche vercautionirt werden sollen, bestehen teils in Geldleistungen, teils in solchen Leistungen, welche sich auf Geld zurückführen lassen. Die Höhe der Cautionssumme ist demnach hier leicht und ganz genau zu ermittein. Der Factor, auf den dort Rücksicht zu nehmen war, nemlich die Größe des Vermögens des Caventen, entfällt hier gänzlich, sobald man nur die cautio pignoratitia [2]), nicht auch die cautio fide-

[1]) R. L. Bd. II, S. 614.

[2]) Anlangend die Frage, worin die cautio pignoratitia bestehen könne, ist anzuempfehlen, daß dieselbe nur in Hypotheken und in der Deposition von Vermögenswerten, wie letzteres nach Schlayer's Zeugniß besonders im 18. Jahrhundert praktisch gewesen ist und Estor's ausführliche Theorie hierüber vermuten läßt, bestehen soll. Man vgl. die §§. 83, 84 d. Entw. e. a. deutsch. C. P. O. und die sachgemäße Entscheidung des österr. Oberlandesgerichtes

jussoria für jenen, dem die Caution geleistet werden soll, bindend erklärt. Wird ja doch, wie dies in dem gemeinen Recht der Fall ist, die Cautionssumme nur nach dem Streitobjecte bemessen.

Es fällt mir keineswegs ein, die cautio fidejussoria wegen civilrechtlicher Verbindlichkeiten ganz auszuschließen. Ich wünsche vielmehr, daß dieselbe auf den Fall eingeschränkt werde, wenn hierin die Person, welcher die Caution geleistet werden soll, einwilligt. — Will man aber die cautio fidejussoria, welche sobald über die Vorfrage, ob die Bürgen tauglich sind, mit der erforderlichen Gründlichkeit verhandelt und entschieden wird, selbst die Realcaution, welche den Römern als die beste Sicherstellungsart galt und von ihnen vorzüglich als idonea cautio bezeichnet wurde [1]), überwiegen kann, — beibehalten; so ist notwendig die Verantwortlichkeit des Staates für die aus einer nicht freiwillig genehmigten Caution entstehenden Nachteile gesetzlich auszusprechen, wogegen der betreffende Beamte (Richter) dem Staate regreßpflichtig sein soll.

Die prozessualischen Cautionen sind nach meiner Ansicht in folgenden Fällen zu befürworten:

1. Wenn der Kläger sein angesprochenes Recht bewiesen hat, der Belangte dagegen weder seine erhobene Einwendung auf ein liquides Beweismittel zu stützen, noch eine genügende Caution zur Sicherstellung des Klägers zu leisten vermag, — so mag dem Kläger gegen Cautionsleistung die sofortige Execution einzuleiten gestattet sein.

Die Caution hat hier also den Zweck, dem Kläger, welcher seinen Anspruch erwiesen hat, ungeachtet einer erhobenen Einwendung, die Executionsführung zu gewähren, wenn auch noch kein Urteil erflossen oder ein von der ersten Instanz gefälltes noch nicht in Rechtskraft erwachsen wäre.

Dagegen soll die angesuchte Executionsführung verweigert werden, wenn der Belangte seine Einwendung auf ein liquides Beweismittel stützt oder eine angemessene Caution leistet. Die Vorteile, welche sich aus der Zulässigkeit dieser Art cautio naturgemäß ergeben werden, können vorzüglich nur dort erheblich sein, wo das ordentliche civilgerichtliche Verfahren ein so schleppendes ist, wie das österreichische. Diese cautio wird aber auch dort nicht gut entbehrt werden können,

---

v. 13. Dez. 1864, Z. 19.181, wornach der Execut die Richtigkeit (verum) und Einbringlichkeit (bonum) der namhaft gemachten Forderung zur Bedeckung des Executionsführers dartun muß. (Gerichts-Zeitung XVI, 17.)

[1]) S. Schlayer in Linde's Zeitschrift IX. Band.

wo ſelbſt ein ſchnelles Verfahren beſteht, wie dies einfach der Fall lehren wird, wo ein Falliment des Belangten zu beſorgen iſt. Freilich leiſtet da die angeſuchte Sequeſtration oder die Verbotslegung dieſelben Dienſte.

Von einem einigermaßen wahrſcheinlichen Nachteile des Belangten kann hiebei keine Rede ſein, weil, um die Execution eintreten zu laſſen, ohne daß ein bereits rechtskräftiges Urteil vorläge, eine angemeſſene Caution geleiſtet werden muß; ebenſowenig von einer Chikane des Klägers gegen den Belangten, da die bloße Cautionsleiſtung von Seite des Klägers zur Einleitung der Execution, ohne ein rechtskräftiges Erkenntniß abzuwarten, nicht genügt, indem nach meinem Antrag das Recht des Klägers zu dem Behufe erwieſen ſein muß.

2. Sind Cautionen wegen der Prozeßkoſten ſowol auf Seite des Klägers, als auch auf Seite des Belangten nach gemeinem Rechte üblich und wol mit gutem Grund. Die in den neueren Geſetzen enthaltenen Einſchränkungen dieſer Cautionspflicht ſind höchſt willkührlich, ſo z. B.: daß dieſe Pflicht nach §. 79 des Entwurfs e. allg. deutſch. C. P. O. nur Ausländer treffen ſoll. Dagegen ſind zu befürworten die Einſchränkungen dieſer Cautionspflicht, welche in dem gemeinen Rechte beſtehen. So ſoll von dem Kläger keine Caution gefordert werden können, wenn derſelbe gleich bei Eröffnung des Rechtsſtreites bedeutende Argumente [1]), welche an der Richtigkeit ſeines Anſpruches nicht zweifeln laſſen, beibringt [2]). Unter eben derſelben Bedingung iſt die Befreiung des Belangten von der Cautionsleiſtung zu wünſchen.

Hielten ſich dagegen die Vorbringen beider Parteien, welche durch bedeutende Argumente belegt erſcheinen, das Gleichgewicht, — ſo wäre wenn ſie ſich wechſelſeitig die Entbindung von der Cautionspflicht nicht bewilligten, von jeder derſelben eine angemeſſene Caution zu leiſten.

Dagegen ſind nicht anzuempfehlen:

1. Die cautio in judicio sisti, gegen deren Anwendbarkeit im heutigen Prozeſſe ſich auch Brackenhoeft [3]) ausſpricht, weil es im wolverſtandenen Intereſſe der Parteien ohnehin liegen wird, vor Gericht zu erſcheinen, daſelbſt ohne Verzug Rede und Antwort zu ſtellen,

[1]) S. Schlayer cit. Abh.

[2]) Die §§. 79, 80 des Entwurfs e. allg. deutſch. C. P. O. enthalten Beſtimmungen über die Sicherheitsleiſtung wegen der Prozeßkoſten. Dieſe Anordnungen ſind gut.

[3]) In Linde's Zeitſchrift Band X, S. 380. Was Schlayer (in der cit. Abh.) mitteilt, trägt auch Brackenhoeft (cit. Abh. S. 372) vor, nemlich, daß die cautio de judicio sisti der Pandekten auf kein beſtimmtes Stadium des Prozeſſes beſchränkt war.

wenn nur ihnen jede Hoffnung, Friſterſtreckungen zu erwirken, Reſtitutionen propter terminum lapsum zu werben und ſolche bewilligt zu erhalten, benommen wird.

2. Die cautio pro reconventione, welche noch heutzutage nach Buddeus in Uebung ſein ſoll, was ſich aus dem rückſichtlich der cautio de judicio sisti bemerkten ergeben dürfte, indem die cautio pro reconventione nichts anderes [1]) als eine cautio in judicio sisti ſelbſt iſt [2]).

3. Die cautio de restituendo des gemeinen Rechtes läßt ſich nach meiner Anſchauung nur dort rechtfertigen, wo die Reſtitution keinen Suſpenſiveffect hat, wenn ſie von dem Executen geleiſtet wird. Hat dagegen das Reſtitutionsbegehren einen Suſpenſiveffect, dann iſt ſie dann zu rechtfertigen, wenn die cautio de restituendo von dem Executionsführer geleiſtet wird. Unter jeder anderen Bedingung iſt dieſe cautio nicht zu rechtfertigen. Iſt allein die Reſtitution, wie ich früher zu zeigen verſuchte, als ein prozeſſuales Rechtsmittel nicht zu empfehlen, ſo kann von einer Anwendbarkeit der cautio de restituendo, welche dann in Wahrheit eine cautio de reconventione wäre, aus den rückſichtlich dieſer vorgebrachten Gründen keine Rede ſein.

---

[1]) Buddeus Rechtslexicon Band II, S. 618.

[2]) S. dagegen Brackenhoeft. Dieſer Schriftſteller ſpricht ſich gegen die Auffaſſung dieſer cautio als einer cautio in judicio sisti aus (cit. Abh. S. 390) und erklärt ſie als eine cautio de restituendo. Es iſt nun klar, daß dieſe verſchiedene Auffaſſung der cautio pro reconventione keine praktiſche Bedeutung habe, und nur eine wiſſenſchaftliche, theoretiſche. — Die cautio pro reconventione halte ich aus dem Grunde für eine cautio in judicio sisti, weil bei der reconventio (Widerklage) es ſich nicht notwendig um eine restitutio handeln muß. Allerdings iſt der Fall, daß die reconventio eine restitutio bezweckt, nicht nur denkbar, ſondern auch zumeiſt zutreffend, keineswegs aber immer. Die Theorie hat allein auf alle möglichen Fälle Rückſicht zu nehmen. Dies ſteht nicht im Widerſpruch mit dem in einer der vorangehenden Abhandlungen hervorgehobenen Grundſatz der römiſchen Juriſten, weil es ſich dort um eine Frage handelte, die in das Praktiſche eingreift, hier aber um eine Frage, die nur eine theoretiſche iſt.

Literaturblatt

für

kurze Berichte und Uebersichten über die neuesten rechts- und staatswissenschaftlichen Schriften.

Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im englischen Schwurgerichtsverfahren. Von Dr. Julius Glaser, ord. öffentl. Professor der Rechte an der Wiener Universität. Erlangen. Ferdinand Enke. 1866.

Die englische Jury ist bei der Fällung ihres Wahrspruches nicht unumschränkt und unbewacht, vielmehr gebunden an die Anklage, an Rechts- und Proceßregeln. Die Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Jury machen gewissermaßen eine Probe auf diese Stellung der Geschwornen zu den rechtsgelehrten Richtern nach englischem Gerichtsgebrauche. Der Wirkungskreis des englischen Richters erstreckt sich auf Entscheidung aller Fragen über die Zulässigkeit von Beweismitteln, auf die Belehrung der Geschworenen über die in Frage kommenden Regeln des Proceß- und namentlich des Beweisrechtes und über die juristische Natur des Falles, sowie die Rechtssätze, welche auf ihn Anwendung finden. Im Uebrigen ist die Entscheidung der englischen Geschworenen über die Schuldfrage eine selbstständige, und in dieser Beziehung in der Regel die Gewalt des Richters nur eine negative. Schon aus diesen durch die Forschungen von Biener, Tittmann, Mittermaier u. A. festgestellten Sätzen ergibt sich, daß die Jury nur auf Grund einer den Proceßregeln gemäß geführten Verhandlung den Wahrspruch „schuldig" fällen kann, daher eine richtige Auffassung der Wirksamkeit und Stellung der englischen Jury durch eine zusammenhängende Darstellung der organisch verbundenen processualen Einrichtungen bedingt ist. Die vorliegende Arbeit stellt diesen Zusammenhang zwischen Anklage, Wahrspruch und Rechtsmitteln mit anziehender Klarheit und plastischer Anschaulichkeit dar, wobei der Standpunkt des Beweisrechts nicht unberücksichtigt geblieben ist. Durch diese Methode der Behandlung, gestützt auf die besten Quellen des englischen Rechtes und eine reichhaltige der gegenwärtigen Spruchpraxis entnommene Casuistik, erhalten wir eine tiefgehende Einsicht in das ganze Gefüge des Schwurgerichtsprocesses. Auch bringt

dieselbe vielfach ungenau aufgefaßte Fragen in Bezug auf das Verhältniß zwischen Richter und Jury aus der verborgenen Technik des von verwirrenden Einzelheiten strotzenden englischen Rechtes zu einem gründlichen Verständnisse.

Dazu kommt eine überaus bequeme Benützbarkeit des trefflich verarbeiteten Rechtsstoffes, so daß schon ein flüchtiger Blick in das Inhaltsverzeichniß, das Sachregister und auf die Schlußbemerkungen die Leser über Aufgabe, Richtung und Umfang des Buches orientirt. Von großem Interesse ist auch die Parallele, welche der Verfasser zwischen den originären Einrichtungen der Jury und den für den Continent maßgebenden französischen zieht. In Frankreich hat man gleich von Anfang das englische Axiom verfälscht, daß im Wahrspruche die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsbegriffe vollzogen werde. Man erklärte mit unbegreiflichem Leichtsinn oder mittelst einer willkürlichen Fiktion die nach englischem Vorbild an die Geschwornen zu richtende Frage sammt der darin liegenden Culpabilität und Qualification für eine factische und auf diese Annahme hin proclamirte man, daß im Strafproceß die Trennung von Thatsache und Recht keine Schwierigkeit habe. Dieser Leichtfertigkeit gegenüber tadelte schon Biener die schwankende Regelung des englischen Rechts über die Befolgung der richterlichen Rechtsbelehrung durch die Jury, auch fand er, daß das zweideutige Wort Schuldig soviel als möglich zu vermeiden und in dieser Beziehung das schottische Recht und die reformirte Jury in Malta als Vorbild zu benützen wäre. — Professor Glaser stimmt mit der neueren Ansicht überein, sowohl bezüglich des Charakters der Schuldfrage als auch hinsichtlich des vergeblichen Bemühens des französischen Rechtes, die an die Geschwornen zu richtenden Fragen auf reine Thatfragen zu reduciren. Die Schwierigkeiten dieser (Fragestellung hat der Verfasser an anderer Stelle) in virtuoser Zergliederung einzelner Fälle gezeigt, welcher neuerlich nur die Ausführungen von Bar in seiner Schrift über Recht und Beweis im Geschwornengericht 1865 zur Seite stehen. Es wird nachgewiesen, warum in Frankreich die Stützpunkte wegfallen, welche in England gegen einen im Wahrspruche begangenen Rechtsirrthum geboten sind und daß das englische Recht in Bezug auf die Kritik der Beweisergebnisse und die Anfechtung der Rechtsbelehrung des Vorsitzenden gegenüber dem französischen Rechte weitaus im Vortheile ist. Allein der geehrte Verfasser anerkennt auch die Ueberlegenheit der Franzosen über die technische Unbeholfenheit der Engländer bei der Regelung des Verhältnisses zwischen Anklage und Wahrspruch, bei der Ordnung des Geschäftsganges. Nach seiner Auffassung liegt das Hauptverdienst Frankreichs um die Ausbildung des Jurygedankens in der Loslösung des Wahrspruches oder vielmehr des Entwurfes desselben, einerseits von der Anklageschrift, anderseits vom Urtheile, während die englische Anklageschrift zugleich Grundlage des Verfahrens und Entwurf des Wahrspruches ist. Je erschöpfender diese ist, desto größere Schwierigkeiten werden der Jury bereitet, wenn diese eine Frage zu beantworten hat, deren Fassung Wesentliches und Unwesentliches nicht genügend von einander sondert. Wird eine Berichtigung der Anklageschrift nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens gestattet, dann ist das Actenstück, welches die von der Jury zu beantwortende Frage formulirt, nicht mehr identisch mit demjenigen, welches die Grundlage des Beweisverfahrens gebildet hat. Damit ist ein Uebergang zum

französischen System der Fragestellung angedeutet. So wenig der Verfasser die Schwierigkeiten des französischen Fragenformalismus verkennt, so giebt er doch der französischen Regelung des Verhältnisses zwischen Anklage und Endurtheil entschieden den Vorzug. Dieser Punkt ist für die literarische Situation der Juryfrage von besonderer Wichtigkeit, indem ein seinem Bildungsgange und seiner Grundanschauung nach dem Geiste des englischen Rechtslebens nahe stehender Kenner der Jury — gegenüber dem neuerlich durch Schwarze, v. Hye, v. Bar, Heinze u. a. organisirten Sturmangriffe auf den französischen Fragenmechanismus — sich auf die Seite des „technisch — richtigen französischen Vorganges" schlägt. Doch beeilt sich Professor Glaser hinzuzufügen, daß es einen Punkt gibt, an welchem angelangt, die englische Formlosigkeit vor der französischen Formreinheit den Vorzug verdient. Es ist dies die Art der Entgegennahme des Wahrspruches durch den Gerichtshof, das englische Recht setzt voraus, daß die Entscheidung der Sache das gemeinsame Werk von Richtern und Geschwornen sein müsse, daß sie sich verständigen müssen, und er bietet dazu in der mündlichen Abgabe des Wahrspruches und der Zulassung eines nur durch die Oeffentlichkeit beschränkten, ganz zwanglosen Gedankenaustausches die dem Bedürfniß jedes einzelnen Falles sich anschmiegenden Mittel — Mittel, welche sich wie der Verfasser bemerkt, so vollständig bewähren, daß Schottland seine uralte Gepflogenheit schriftlicher Abgabe des Wahrspruches aufgab und zum englischen System des mündlichen Verdicts überging. Der französische Strafproceß läßt dagegen den Wahrspruch in definitiver Fassung niedergeschrieben, aus dem Berathungszimmer bringen; allerdings können die französischen Geschworenen zur neuerlichen Berathung zurückgeschickt werden, doch stehen die Fragen unabänderlich fest. Darin liegt eben das Bedenkliche, daß die Geschworenen nicht ungezwungen sagen können, was sie eigentlich meinen, oder daß ihre Meinung von ihnen nicht abgefragt werden kann, um sodann die Fragen so modificiren zu können, daß die Geschworenen sie ohne Gewissenszwang mit Ja oder Nein zu beantworten vermögen.

Referent hat in Erwägung dieser Schwierigkeit in dieser Zeitschrift (XIV. Bd. Literaturanzeigen S. 64 ff.) vorgeschlagen, die Fragestellung nach beendigtem Beweisverfahren als ein Proceßstadium dergestalt zu behandeln, daß an derselben den Geschworenen und den Parteien eine Mitwirkung eingeräumt werde und der definitiven Fragestellung eine Verständigung der Geschworenen mit dem fragenden Collegium vorangehen könne. Nach Schwarze's Urtheil in der interessanten Schrift über das deutsche Schwurgericht (1865, S. 163) ist dieser an den erwähnten englischen Vorgang anklingende Vorschlag unausführbar. Nach Glaser's Ansicht würde durch eine Nachbildung des englischen Rechts in dieser Richtung ein wesentlicher Fortschritt erzielt werden. — Raum und Zeit verstatten nicht, hier Ausführlicheres zum Berichte zu bringen. Die vorliegende dogmatische Darstellung des englischen Anklagerechts übertrifft ihre Vorgänger an Klarheit und Genauigkeit und die Entwicklung der Rechtsmittel im englisch-nordamerikanischen und schottischen Schwurgerichtsverfahren zählt zu den gediegendsten Abhandlungen dieser Lehre. Durch die dritte Abtheilung, welche von dem Einflusse des Gerichtshofes auf den Wahrspruch handelt, erhalten wir eine wesentliche Ergänzung der einschlägigen

Literatur in Deutschland, welche die Bedeutung einer Revision der Grundsätze des englischen Schwurgerichtsverfahrens in Anspruch nehmen kann. — Schon diese wenigen Andeutungen dürften den hervorragenden Werth der vorliegenden eleganten juristischen Arbeit in das rechte Licht stellen. **Prof. Wahlberg.**

Commentar zum allgemeinen österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche sammt den bis erflossenen Nachtragsverordnungen, von Dr. Moritz von Stubenrauch, k. k. o. Professor der Rechte an der Wiener-Universität ꝛc. Zweite gänzlich umgearbeitete Auflage. Wien 1864—1865. Verlag von F. Manz.

Nicht ohne das Gefühl aufrichtigen Bedauerns über das tragische Ende des Verfassers treten wir an die kritische Anzeige der zweiten Auflage seines Hauptwerkes: des Commentars zum a. b. G. B. heran. Dr. Moritz von Stubenrauch hat sich durch mehrere mit nicht gewöhnlichem Talent, großem Fleiße und Geschick zusammengestellte Werke über das österreichische Civil- und Verwaltungsrecht sowie durch die jahrelange Redaction der österreichischen allgemeinen Gerichts-Zeitung unter den österreichischen Rechtsgelehrten einen wohlverdienten Namen erworben. Können wir auch nicht die wissenschaftliche Bedeutung aller seiner literarischen Erzeugnisse besonders hoch anschlagen, so müssen wir denselben doch einen ehrenvollen Platz, manchen, eine hervorragendere Stelle in der österreichischen Rechtsliteratur einräumen.

Was insbesondere dessen Commentar zum a. b. G. B. betrifft, dessen erste Auflage 1853—55 erschien, so ist an demselben die eingehende Exegese, die vollständige Zusammenstellung der einschlagenden Bestimmungen aus anderen Zweigen der Legislation, die reiche Kasuistik, die fleißige und sorgfältige Benützung der bisherigen Literatur des Gesetzbuches und die ständige Berücksichtigung der Rechtssprechung des obersten Gerichtshofes rühmend hervorzuheben, — Eigenschaften, welche dem Buche bei der allmäligen Veraltung der Commentare Zeiller's, Winiwarter's und Nippel's eine weitere Verbreitung unter Studirenden und Practikern sichern dürften. Doch dürfen wir über diesen Vorzügen die Schattenzeichen des Werkes nicht übersehen. Wir bemerken im Vorhinein, daß wir, obgleich von dem Vorzuge der systematischen Behandlung überzeugt, doch durchaus keine abgesagten Gegner der commentatorischen Bearbeitung des Gesetzbuches sind. Einer auf wissenschaftlichen Grundlagen beruhender Commentirung desselben werden wir im Gegentheile jederzeit mit Freuden unsere Anerkennung zollen; sie ist ein ganz geeigneter Weg, die größere Menge der Studirenden und practischen Juristen von mittlerer Begabung und mittlerem Fleiße mit dem wichtigsten positiven Rechtsstoffe rasch vertraut zu machen und zugleich auch eine höhere wissenschaftliche Auffassung und Behandlung der einzelnen Rechtsfragen unverwerkt zur Geltung zu bringen. In dieser Beziehung läßt aber der Commentar Stubenrauch's sehr viel zu wünschen übrig, und mit Bedauern müssen wir es aussprechen, daß hierin die „zweite gänzlich umgearbeitete" Auflage gegen die erste keinesfalls einen Fortschritt bezeichnet. Den zu oft fühlbaren Mangel streng wissenschaftlicher Darstellung mochte man der ersten Auflage einigermaßen zu Gute halten; fiel sie doch ihrer Entstehung nach in den Schluß einer Periode, welche die

Aufgabe der österreichischen Jurisprudenz durch eine möglichst detailirte Exegese des positiven Gesetzes erschöpft zu haben glaubte. Daß wir aber denselben Mangel auch noch in der zweiten Auflage wahrnehmen müssen, nachdem bereits der Umschwung unserer Rechtsliteratur das Streben des Aufbaues des Rechtssystems auf Grund der historischen und stofflichen Basis unserer Gesetzgebung — des gemeinen Rechts — und in Verbindung mit der gemeinrechtlichen Wissenschaft schon entscheidende Resultate aufzuweisen hatte, finden wir doch kaum verzeihlich. Schon ein flüchtiger Blick auf die zweite Auflage überzeugt uns insbesondere, daß an dem Verfasser das wissenschaftlich bedeutendste Werk der österreichischen Jurisprudenz, welches eine glücklichere Epoche derselben inaugurirt, wir meinen Ungers System des österreichischen Privatrechtes I., II., VI., fast spurlos vorüberging. Es ist schwer zu begreifen, daß in mehreren der wichtigsten Partieen des österreichischen Privatrechtes, die durch Unger zum ersten Male einer wissenschaftlichen Behandlung unterzogen wurden, im günstigen Falle in Anmerkungen angedeutet wird, daß „Unger anderer Meinung sei," während oft bei Controversen über höchst untergeordnete Fragen die bisweilen sehr platten Begründungen obskurer Schriftsteller weit und breit ausgesponnen werden. Wir nennen nur beispielsweise die Lehre von den zeitlichen und örtlichen Grenzen des Rechts, vom System des Privatrechts, von den juristischen Personen, von der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sachen, von der Pertinenzqualität derselben, von den Reallasten, von den Bedingungen, Schenkungen u. s. f., des Erbrechts nicht zu gedenken. In diesen und anderen Grundlehren schien es dem Verfasser der „zweiten gänzlich umgearbeiteten Auflage" angemessener, die Nothwendigkeit der Umarbeitung der eigenen ungenügenden Darstellung oder des Aufgebens der bisherigen Ansicht durch einfache Ignorirung des Unger'schen Buches oder durch die lakonische Bemerkung: „And. A. ist Unger" zu umgehen, als sich der Mühe einer gründlichen Erörterung des Gegenstandes zu unterziehen. Wir wollen diese Behauptung durch ein und das andere Beispiel illustriren.

Wir wählen zunächst eine Partie, an welche in der That die bessernde Hand angelegt wurde: die so überaus wichtige Lehre von juristischen Personen, welche für das österreichische Recht von Unger I. §. 42 zuerst einer gründlichen Untersuchung unterworfen wurde und welche neuestens auf gemeinrechtlichem Gebiete durch die anregenden Untersuchungen von Köppen, Brinz, Demelius u. a. über das Zweckvermögen wieder Gegenstand einer lebhaften Diskussion geworden ist. Daß der Theorie vom „Zweckvermögen", die zum Verständniß der juristischen Personen doch manch' wesentlichen Beitrag geliefert hat, mit keiner Silbe erwähnt ist, mag nicht auffallen. Hören wir aber, was Stubenrauch über diesen Gegenstand in der Sache selbst I. S. 75 folg. sagt: „Zu dem Wesen der juristischen Personen (im eigentlichen (?) Sinne) gehört es, daß nicht die einzelnen physischen Personen, aus denen sie besteht, oder zu deren Gunsten die Fiktion vorgenommen wurde, als die Träger der in Frage kommenden Rechtsverhältnisse erscheinen, sondern daß vielmehr eine von ihnen gänzlich verschiedene, bloß im Begriffe existirende Persönlichkeit als Rechtssubject erscheint. Demnach sind die Erwerbs- und (?) andere Gesellschaften zu religiösen, literarischen, artistischen socialen Zwecken und dergleichen streng genommen von den juristischen Per-

sonen zu unterscheiden; sie sind eben keine juristischen Personen im oben angedeuteten Sinne, die Träger der betreffenden Rechtsverhältniße sind die einzelnen Gesellschaftsglieder, die an den gesellschaftlichen Rechten und Verbindlichkeiten sei es nach dem Verhältniße ihrer Antheile, sei es zur ungetheilten Hand participiren. Nach der Auffassung unseres Gesetzbuches sind aber auch die Gesellschaften den juristischen Personen (wenigstens im weitern (welchem?) Sinne) beizuzählen. Beweis hierfür ist die Marginalinschrift des §. 26. „Aus dem Verhältniße einer moralischen Person", während der Kontext dieses §. nur der Gesellschaften erwähnt: dann der §. 286, welcher als Unterarten der moralischen Personen die kleineren Gesellschaften und ganzen Gemeinden aufführt, so wie der §. 26. selbst, der den (erlaubten) Gesellschaften die Rechtsfähigkeit zuerkennt". — Wir fragen: enthält nicht der zweite Satz das gerade Gegentheil von der Behauptung des ersten? „Gesellschaften sind zwar keine juristische Personen, — aber sie sind doch juristische Personen". Erkläret mir Graf Orindur dieß Räthsel der Natur! — Und auf welchen Grund hin insinuirt Stubenrauch diese sinnlose Theorie dem „weisen Gesetzgeber"? Offenbar nur wegen des incorrect gebrauchten Ausdruckes „Gesellschaft" in den §§. 26 und 286! Hätte sich das Gesetzbuch des Ausdruck's „Verein" „Körper" auch im Contexte dieser §§. bedient, würde Stubenrauch gewiß nicht zu jener monströsen Behauptung gekommen sein. Kann man sich nun eine engherzigere Buchstabeninterpretation denken? Dabei macht Stubenrauch ferner „streng genommen" die für uns unfaßbare Unterscheidung zwischen „eigentlichen und uneigentlichen" juristischen Personen und verwechselt (S. 76, 4 und 5) die staatliche Anerkennung der juristischen Persönlichkeit mit der polizeilichen Genehmigung. Dagegen stimmen wir ihm (gegen Unger) darin bei, daß nach §. 26. a. b. G. B. jedem „Vereine" d. i. einer Genossenschaft mit gewollten subjectlosen Vermögen (nicht jeder „Gesellschaft" wie Stubenrauch meint) die juristische Persönlichkeit von Rechtswegen zukomme. — Betreffs der sogenannten Personenrechte *) der §§. 21—39 bemerkt Stubenrauch, ohne der treffenden Ausführungen Unger's I. §. 60. auch nur anerkennungsweise zu gedenken, daß dieselben „eigentlich nur Modification der allen Personen zustehenden Rechtsfähigkeit seien" — eine Halbwahrheit, die auf einer ungenügenden Erkentniß der von Unger a. O. gezogenen Resultate zu beruhen scheint. Den auch Stubenrauch würde gewiß nicht behaupten, daß „etwa die Personenrechte aus der Eigenschaft des Alters oder mangelnden Verstandesgebrauches" (§. 21.) eine Modification der Rechtsfähigkeit enthalten? — In der Erläuterung zu §. 292. wird die falsche gesetzliche Definition der „körperlichen Sachen" nicht verbessert, sondern einfach wiederholt und Aehnliches kehrt in zahlreichen ähnlichen Fällen wieder, als ob die Aufgabe des Commentators eben nur die wäre, die Bestimmungen des Gesetzbuches mit denselben oder anderen Worten wiederzugeben. Auf S. 411—416 wird die unhaltbare, durch ihren innern Wiederspruch sich selbst vernichtende Theorie über die Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sa-

*) Seine Ansicht über das Wesen der juristischen Person hat der Verfasser dieser Anzeige in dem letzten Hefte des Siebenhaar'schen „Archiv's für Wechsel und Handelsrecht" näher dargelegt.

chen in der althergebrachten Weise breit getreten und werden die schlagenden Ausführungen Unger's a. a. O. §. 48. folg. mit der Bemerkung abgefertigt: „Anderer Meinung ist Unger a. O., doch scheint (also doch nur scheint!) dieselbe mit dem bestehenden österreichischen Rechte nicht im Einklange zu sein." — Aehnlich verfährt Stubenrauch mit den Ausführungen des Recensenten über den Tabularbesitz, Oesterreichische Vierteljahrsschrift VII. S. 256. Ohne Prüfung der für die Haltlosigkeit der herrschenden Anschauung vorgebrachten Gründe wird kurzweg behauptet: „Darüber, daß der Tabularbesitz nach österreichischem Rechte auch wirklicher Besitz sei, spricht sich eben das Gesetz (§. 312.) ganz deutlich aus". (S. 433). Merkwürdiger Weise gesteht aber Stubenrauch doch ausdrücklich zu, daß die Rechtswirkungen beider Besitzarten sehr verschieden sind, wie dieß näher in der cit. Abhandlung erörtert sei! — S. 642 wird wie in der ersten Auflage die grundfalsche Meinung, daß der Besitzer der Pfandsache persönlich zur Erfüllung der Hypothekarschuld verpflichtet sei — zum Ueberfluß mit den abgeschmackten Gründen Mack's wieder vertheidigt. — Auf S. 1058 wird die practisch höchst wichtige Streitfrage, ob der Beneficiarerbe zwar nur im Anfang der Erbschaft aber mit seinem ganzen Vermögen oder ob er bloß mit dem Nachlaßvermögen hafte, übereinstimmend mit Unger VI. S. 181 Note 8 — doch ohne Angabe von Gründen unserer A. nach unrichtig im letzteren Sinne entschieden. (Für die entgegengesetzte, in der Praxis herrschende, früher auch von Unger vertheidigte Ansicht spricht aber der §§. 547. 802. verb. „als die Verlassenschaft hinreicht", §. 821. verb. „für die Erbschaftsmasse (d. i. ihren Werth) nicht übersteigenden Lasten", §. 815. verb. „mit seinem ganzen Vermögen", ferner das durchaus nicht singuläre Hofd. v. 27. März 1848 Z. 948), Am schwächsten ist, wie in der ersten Auflage der Commentar des III. Theiles des Gesetzbuches; ja wir können kaum glauben, daß die zweite gänzlich umgearbeitete" Auflage dieses Theiles, beginnend etwa mit der 12. (nach des Verfassers Tode erschienenen) Lieferung aus dessen Feder stamme; einmal weil fast ganze Druckbögen trotz inzwischen erschienener, einschlagender Literarischen Arbeiten nahezu ganz unverändert abgedruckt wurden, sodann weil in einzelnen Kapiteln, welche wegen der eingetretenen Aenderungen der Legislation eine theilweise Umarbeitung erfordert hätten, wie z. B. das Hauptstück von der Bevollmächtigung, vom Gesellschaftsvertrage — nur insofern Veränderungen ersichtlich sind, als manche Erläuterungen der ersten Auflage einfach hinweggelassen wurden oder als auf derogirende Bestimmungen späterer Gesetze insbesondere des Handelsgesetzbuches kurzweg verwiesen wird, — eine Fahrlässigkeit, die wir dem immer fleißigen Verfasser füglich nicht zuschreiben dürfen. Prof. Randa.

Handbuch des Handelsrechtes. Von Dr. L. Goldschmidt, a. o. Professor der Rechte in Heidelberg. I. Band, erste Abtheilung, enthaltend die geschichtlich-literarische Eintheilung und die Grundlehren. Erlangen 1864. 524 S.

Der wohlverdiente Ruf, den sich Goldschmidt durch mehrere treffliche Arbeiten über verschiedene Gegenstände des Handelsrechts erworben hat, ließ uns von vorneherein erwarten, daß uns dessen „Handbuch des Handelsrechtes" eine

ebenso gründliche als geistvolle Bearbeitung des Handelsrechtes bringen werde. Unsere Erwartung wurde durch das eingehende Studium desselben vollständig gerechtfertigt. Das Handbuch ist nicht etwa bloß eine systematische Bearbeitung des neuen allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, sondern eine wirklich im großartigen Maßstabe angelegte Darstellung des gesammteuropäischen Handelsrechtes. Der Verfasser geht von der richtigen Auffassung aus, daß nach der Codificirung des deutschen Handelsrechts die Aufgabe der Wissenschaft nicht durch möglichst eingehende Exegese des Gesetzbuches und durch Zusammenstellung der Rechtsprüche der Gerichte erschöpft sei. Vielmehr ist ihr nunmehr die Aufgabe gestellt, das Handelsgesetzbuch als Erzeugniß der Rechtsbildung unserer Zeit, als einstweiligen Abschluß des rechtsgeschichtlichen Entwicklungsprocesses auf dem Gebiete des Handelsrechtes aufzufassen und durch den Nachweis des geschichtlichen Zusammenhanges seiner Rechtssätze mit dem Rechtszustande der Vergangenheit dessen richtiges Verständniß zu sichern, und durch Heranziehung der handelsrechtlichen Gesetzgebung und Jurisprudenz des Auslandes sowie durch Verwerthung der Ergebnisse der rastlos fortschreitenden Wissenschaft die Tragweite und Bedeutung des Gesetzbuches für den heutigen Rechtszustand in das richtige Licht zu setzen. Dieser großen und schwierigen Aufgabe ist Goldschmidt in der ersten Abtheilung seines Handbuchs vollkommen nachgekommen. Es gehört in der That die außerordentliche Sachkenntniß und Belesenheit, der durchdringende Scharfsinn, die feine kritische Begabung und der eiserne Fleiß eines Goldschmidt dazu, um den massenhaften Stoff zu beherrschen, das reichhaltige Material zu sichten, und zu jenem wissenschaftlichen Kunstbau ordnend zu vereinigen, welcher uns in seinem Handbuche entgegentritt. Ungeachtet das Buch das Handelsrecht auf Grundlage des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches darstellt, sind doch überall dessen geschichtliche Quellen im römischen und germanischen Rechte, im Handelsgebrauche und in der Wissenschaft des Mittelalters und der Neuzeit, in den neueren Gesetzgebungen und deren Doktrin und Rechtssprechung sorgfältig aufgewiesen, zugleich überall festgestellt, wieweit die Uebereinstimmung im Rechte der europäischen Völker reicht, wo verschiedene Grundanschauungen bestehen oder trotz gemeinsamer Grundlage abweichende Rechtssätze zur Geltung gelangt sind. Dieß Verfahren kennzeichnet insbesondere die schwierige Darstellung vom Handel und von den Handelsgeschäften, — die umfangreichste und gediegendste Leistung über diesen Gegenstand, welche die bisherige Literatur überhaupt aufzuweisen hat. — Wir gehen nun an eine Skizzirung der erschienenen Abtheilung des I. Bandes.

Vorerst werden die Quellen und die Literatur des Handelsrechtes wie seiner Geschichte dargestellt (§§. 1—32.). Die neueren europäischen und außereuropäischen Gesetzgebungen seit Ende des 17. Jahrhunderts, welche als Vorläufer des deutschen H. G. B. erschienen, sind genau angeführt und deren Geltungsgebiet und Literatur mit der größten Sorgfalt verzeichnet. Die Geschichte der deutschen Codification und zwar nicht bloß des Handelsrechtes sondern auch der Wechselordnung (warum wohl auch der letzteren in einer Darstellung des Handelsrechtes?) ist erschöpfend dargelegt. — Das erste Buch: Von den Regeln und Quellen des Handelsrechtes (§§. 33—39) entwickelt die Theorie

der Rechtsquellen in besonderer Beziehung auf das Handelsrecht. Gründlich ist die für das Handelsrecht so wichtige Lehre vom Gewohnheitsrechte abgehandelt und kein Darsteller selbst des gemeinen Rechtes sollte sich die vielen zutreffenden Bemerkungen über diesen Gegenstand entgehen lassen. — Das zweite Buch: Von dem Handel und den Handelsgeschäften (§§. 40—59) ist die practisch wichtigste Abtheilung des bisher erschienenen Werks. Die Vorarbeiten zum Handelsgesetzbuche sind hier gewissenhaft und im ausgedehntesten Maße benützt, so insbesondere der Code de commerce, der würtembergische Entwurf, der Entwurf des sogenannten Reichshandelsgesetzbuches, die preußischen und österreichischen Entwürfe. Der Inhalt dieser Vorarbeiten, deren Motive sowie die Conferenzprotokolle sind immer genau, wo nöthig wörtlich mitgetheilt, so daß die Genesis jedes Artikels völlig ersichtlich gemacht ist. Im Gegensatze zu den sehr häufig schleuderhaften und oberflächlichen Auszügen herausgerissener Stellen der Nürnberger Protokolle, wie sie in nicht wenigen Commentaren des H. G. B. zu finden sind, sticht bei Goldschmidt die gewissenhafte und korrecte Benützung und Allegierung dieses wichtigsten Interpretationsfactors vortheilhaft hervor. Ueber den Werth dieser Abtheilung haben wir uns schon oben geäußert. Daß wir in manchen Punkten dem Verfasser nicht beistimmen, wird keinem Sachverständigen auffallen. So z. B. können wir uns von der Richtigkeit seiner Ansicht, daß die nachfolgende Anschaffung des Lieferanten nach art. 271. 1 ein objectives Handelsgeschäft sei, S. 438, durchaus nicht überzeugen, halten vielmehr an der entgegengesetzten auch von Thöl Handelsrecht S. 93 und Hahn II. S. 7—9 vertheidigten Auffassung aus den vom Letzteren angeführten Gründen fest.

Indem wir uns die eingehendere meritorische Erörterung einzelner Partieen vorbehalten, schließen wir diese Anzeige mit dem dringenden Wunsche, daß unsere Juristen nicht unterlassen mögen, sich mit diesem hervorragenden, durch und durch gediegenen Erzeugnisse der neueren handelsrechtlichen Literatur bekannt zu machen. Insbesondere richten wir diese Empfehlung an Praktiker, die sich in der das ganze Handelsrecht beherrschenden Frage: Was ist Handelsgeschäft und wer ist Kaufmann gründlich Raths erholen wollen.

Professor Randa.

Das Handelsregister nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Gutachten der Handelssection der Handels- und Gewerbekammer in Prag, herausgegeben von Dr. Edmund Schebeck. Prag 1866.

Bekanntlich hat das allg. deutsche H. G. B. erklärt, daß die Bestimmungen, welche dasselbe über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura enthält, auf Höcker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner auf Wirthe, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, keine Anwendung zu finden haben.. Auch sollten die Vereinigungen solcher Personen zum Betriebe eines Handelsgewerbes nicht als Handelsgesellschaften gelten. Es wurde jedoch den Landesgesetzen ausdrücklich vorbehalten, diese Bestimmungen über Firma ꝛc. auf alle Kaufleute ihres Staatsgebietes auszudehnen, oder den Kreis jener

Kaufleute, welche davon ausgeschlossen sein sollten, nach ihrem Ermessen zu erweitern oder zu verengern. Die österreichische Gesetzgebung schloß von diesen Vortheilen des Handelsrechtes 1) die Hausirer unbedingt, dann 2) jene Kaufleute aus, welche von dem Erwerbe aus ihrem Geschäftsbetriebe nicht eine bestimmte Summe an einjähriger landesfürstlicher directer Steuer zalen. Jene Kaufleute hingegen, welche von dem Erwerbe aus ihrem Geschäftsbetriebe eine im §. 7. des Einführungsgesetzes vom 17. Dzbr. 1862 festgesetzte Summe an einjähriger l. f. directer Steuer entrichten, haben die Pflicht zur Eintragung ihrer Firma und einer etwaigen Prokura in das Handelsregister, so wie zur Führung von Handelsbüchern und sie genießen die damit verbundenen Vortheile; auf sie erstrecken sich auch die Normen des H. G. B. über Handelsgesellschaften. Immer aber sind es nur „Kaufleute", auf welche die betreffenden Bestimmungen des §. 7. des Einführungsgesetzes Anwendung finden und darum ist auch bei jedem Ansuchen um Firmaprotokollirung zu untersuchen, ob der Ansuchende „Kaufmann" im Sinne des H. G. B. ist. Diese Frage beantwortet sich aus dem Art. 271—272 des H. G. B. — nicht aus Art. 273, denn dieser Artikel setzt die Eigenschaft eines Kaufmannes bereits voraus, und nicht aus Art. 4, denn dieser erhält seinen präcisen Inhalt erst aus Art. 271 und 272 des H. G. B.

Wer also die im Art. 271 sub Z. 1 angeführten Geschäfte in der daselbst bezeichneten Absicht, — die sub Z. 2. enthaltenen Geschäfte zu dem dort hervorgehobenem Zwecke betreibt, — wer die unter Z. 3 und 4 des in Rede stehenden Artikels angedeuteten Geschäfte führt: der ist „Kaufmann" und auf ihn haben die Bestimmungen des H. G. B. über Firmen ꝛc. dann Anwendung, wann er von dem Erwerbe aus seinem Geschäftsbetriebe die im §. 7 des Einf. Gesetzes fixirte Steuer zalt.

Wer die im Art. 272 Z. 2—4 und 5 Abs. 1, angeführten Geschäfte „gewerbsmäßig" betreibt und die im §. 7. des Einf. Ges. fixirte Steuer zalt; — wer die im Art. 272 Z. 1 und Abs. 2. aufgezählten Geschäfte „gewerbsmäßig" und so betreibt, daß der Gewerbsbetrieb „über den Umfang des Handwerks hinausgeht" auch die im §. 7. normirte Steuer entrichtet, unterliegt den Vorschriften des H. G. B. über Firmen, Prokuren, Handlungsbüchern und Handelsgesellschaften. Mit der von uns gegebenen Auslegung des Gesetzes steht der als Belehrung an die Gerichte versendete Erlaß des h. k. k. Justizministerium's vom 8. Februar 1864, Z. 803 — vom Verfasser abgedruckt — vollkommen im Einklange.

Bei dieser Sachlage ist es die Aufgabe des Handelsgerichtes betreffenden Falles die Vorfrage, ob die betriebenen Geschäfte Handelsgeschäfte im Sinne des Art. 271 des H. G. B. seien, ob der Geschäftsbetrieb ein gewerbsmäßiger sei, ob er über den Umfang des Handwerks hinausgehe, zu entscheiden. Bei der Organisirung unserer Handelsgerichte, welche aus lauter Juristen bestehen und deren Beisitzer aus dem Handelsstande eigentlich doch nur dabeisitzen, wenn die Juristen berathen und entscheiden, ist die Beantwortung der oft schon an sich schwierigen Vorfragen keine geringe Aufgabe. So kommt es denn nicht selten vor, daß die Handelsgerichte gutächtliche Aeußerungen von den Handels- und Gewerbekammern hierüber verlangen — ein Vorgang, den wir, weit entfernt zu beklagen, vielmehr im vollsten Maße billigen müssen, da hiedurch wenigstens auf einem kleinen Gebiete des

Handelsrechtes das kaufmännische Element in der Rechtsprechung — freilich nur indirecter und sehr bescheidener Weise — Einfluß gewinnt. Die betreffenden Gutachten und Aeußerungen der Handels- und Gewerbekammern bieten oft ein reiches und interessantes Materiale für das Verständniß und die Anwendung des Handelsgesetzes. Insbesondere müssen wir dieß von den vorliegenden Gutachten der Prager Handels- und Gewerbekammer über die Angelegenheiten des Handelsregisters anerkennen und dem Verf. der vorliegenden Schrift für die lobenswerthe Zusammenstellung unseren Dank sagen. Sie umfassen in der angedeuteten Richtung wichtige Fragen über die Firmaprotokollirung des Einzelnkaufmanns (S. 1—21), über Handelsgesellschaften (S. 22—24), über Zweigniederlassungen (S. 25—32), über die Procura und Handlungsvollmacht (S. 33), über den Wortlaut und die Zeichnungsart der Firma und Procura (S. 34—41), über die Führung des Handelsregisters (42—43), über die Bekanntmachung der Eintragungen in das Handelsregister (S. 44—55) — und behandeln in einem Anhange (S. 56—78) die Frage, ob die im §. 7 des Einf. Ges. aufgestellte Steuerscala den Verhältnissen und Bedürfnissen entspricht Wir müssen anerkennen, daß diese Gutachten ihr Thema meist in umfassender Weise erörtern, daß sie mit Gründlichkeit und im wissenschaftlichem Geiste geschrieben sind. Sie geben Zeugniß von einer gewissenhaften Benützung der Literatur des Handelsrechtes und seiner Praxis, von einer genauen Kenntniß des Gesetzes wie der Bedürfnisse des Handelsstandes. Aus den mitgetheilten Gutachten und Aeußerungen entnimmt man, aber auch, daß die Handels- und Gewerbekammer keine Gelegenheit vorübergehen ließ, dort, wo sie mit Richtersprüchen, die sich auf das Handelsregister beziehen, nicht einverstanden war, oder wo es ihr sonst nöthig schien, die Initiative zu ergreifen, um die Interessen des Handelsstandes innerhalb ihres Wirkungskreises in eindringlicher, oft sehr energischer Weise zu vertreten.

Zwei Ausführungen der Handels- und Gewerbekammer in Prag wollen wir besonders hervorheben. Der k. k. oberste Gerichtshof ließ mit seiner Entscheidung vom 4. Mai 1864, Z. 3157, die Eintragung einer Handlungsvollmacht (nicht Procura) in das Handelsregister zu. Die Prager Handelskammer polemisirt dagegen und führt mit Recht aus, daß nur jene Thatsachen in das Handelsregister einzutragen sind, deren Eintragung das H. G. B. ausdrücklich gebietet. Wir fügen den dort geltend gemachten Gründen hinzu, daß das Handelsregister seine Entstehung, seinen Inhalt und seinen Zweck nur aus dem H. G. Buche herleitet, daß also logisch und juristisch nichts mit rechtlicher Wirkung in dasselbe aufgenommen werden kann, was nicht durch Vorschrift des Gesetzes hiezu bestimmt ist. Eine Praxis, welche hiebei nicht strenge vorgeht, wird sicherlich zu einem Resultate führen, welches wir bei den Grundbüchern beklagen müssen. Es gibt kaum ein Factum mit oder ohne rechtliche Folgen, das nicht wenigstens in Form irgend einer Anmerkung in das Grundbuch hineingebracht werden könnte. Grundbücher und Handelsregister sollen doch nicht Notizbücher der Parteien sein? Eine andere Ausführung der Handels- und Gewerbekammer kommt zu folgendem Antrage: „Die hochlöbliche k. k. Statthalterei geruhe dahin zu wirken, daß auch bei dem h. k. k. obersten Gerichtshofe, sowie bei dem hochlöblichen k. k. Oberlandesgerichten Organe geschaffen werden, durch welche es möglich wird, den Handelsgebräuchen bei den Verhandlungen und Entscheidungen dieser Gerichtshöfe über handelsrecht-

liche Gegenstände die gehörige Geltung zu verschaffen, zu welchem Ende nach dem Erachten der Kammer die Beiziehung von Handelsgerichtsbeisitzern aus dem Handelsstande, in der Weise wie bei den Handelsgerichten erster Instanz, das geeignetste Mittel sein dürfte." Nun dieser Vorschlag ist zum Mindesten längst veraltet. Nicht um eine vermehrte Auflage von Handelsgerichtsbeisitzern, wie wir sie jetzt haben, handelt es sich, sondern um eine durchgreifende Reorganisation der Handelsgerichte. Sollten der Prager Handelskammer die Bestrebungen und Beschlüsse des 1. deutschen Handelstages in Heidelberg vom J. 1861, des Kongresses deutscher Volkswirthe zu Hannover vom J. 1864 und des 5. deutschen Juristentages unbekannt geblieben sein? Was wir in dieser Richtung auch für Oesterreich anzustreben haben, das sind unseres Erachtens Handelsgerichte bestehend aus Kaufleuten mit einem Juristen als Vorsitzenden und Rechtsprechung derselben im öffentlichen und unmittelbaren Verfahren. Dr. J. Prix.

Die Verwaltungslehre, von Dr. L. Stein. Erster Theil: Die Lehre von der vollziehenden Gewalt, ihr Recht und ihr Organismus. Mit Vergleichung der Rechtszustände von England, Frankreich und Deutschland. Stuttgart 1865.

Dieses neueste Werk des originellen Verfassers erinnert unwillkürlich an die bekannte Aufgabe, eine „Persönlichkeit" zu konstruiren, welcher ein Pfahl von der Größe des Stefansthurmes als Zahnstocher dienen könnte.

Der Staat ist ihm nichts anderes, als „die zur Persönlichkeit erhobene Gemeinschaft der (?) Menschen."

Hat nicht auch jede Gemeinde, die Kirche und schließlich jeder Verein ein „persönliches Bewußtsein", sind sie nicht auch „zum persönlichen Wollen und Handeln erhobene Gemeinschaften von Menschen? Ist dieß der Fall, so ist der Staatsbegriff des Verfassers mangelhaft. Dieser Mangel wird aber durch das Folgende durchaus nicht verändert.

Der Verfasser nennt nämlich den Staat „eine selbständige, höhere und unendlich großartigere Gestalt der Persönlichkeit, als der Einzelnen" und folgert hieraus, „daß bei ihm die Grundbegriffe und Grundverhältnisse der Einzelpersönlichkeit nicht blos im Allgemeinen wieder erscheinen, sondern daß sie vielmehr in höherer und größerer Form in ihm da sein müssen."

Und nun geht er daran, diese riesige Persönlichkeit weiter auszumalen und sagt S. 4: Während „das reine Sich auf Sich beziehen das reine durch und in sich selbst sein oder das Ich der Persönlichkeit im einzelnen Menschen verschwindet, keine eigene selbständige Erscheinung hat, erscheint es im Staate selbständig als das Staatsoberhaupt, das im Königthum seine vollendetste Form empfängt."

Der Leser sieht, daß schon hier das Gleichniß hinkt, welches die Grundlage des ganzen Buches bildet. So etwas sieht aber nur derjenige Leser, welcher auf dem niederen Standpunkte der (formalen) Logik beharrt. Den Verfasser, welcher Alles von einem „höheren Standpunkte" auffaßt, kann das nicht beirren. Ruft er ja doch denjenigen, welche „diese Grundgedanken für „„mystisch"" erklären möchten" mit vollem Ernste zu, „daß die gewaltigsten Wahrheiten stets diejenigen gewesen sind und bleiben werden, die man nicht bewiesen hat, und nicht beweisen kann," und — nicht zu beweisen braucht; hätte der Verfasser hinzufügen sollen. Seine

Behauptungen sind aber nicht derart, daß deren Kenntnißnahme allein schon hinreichen würde, um ihre Wahrheit jedem Denker sofort einleuchten zu machen, auch ist die Autorität des Verfasser's noch nicht so bedeutend, daß man blos auf dieselbe hin, seine unbewiesenen Lehrsätze ohneweiters als gewaltige Wahrheiten hinstellen könnte. Sie bedürfen vielmehr nach unserer Meinung oft gar sehr eines Beweises. Sein Gleichniß können wir aber dafür nicht gelten lassen.

Ein Gleichniß kann für die leichtere Auffassung von Lehrsätzen recht dienlich sein, so wie man es aber in allen Beziehungen durchführen will, verfällt man in ein vielleicht geistreiches Gedankenspiel, das eher verwirrt, als aufklärt und jedenfalls keinen wissenschaftlichen Werth hat. Vollends unwissenschaftlich möchte man es aber finden, aus einem solchen Analogienspiel wissenschaftliche Consequenzen ableiten zu wollen, namentlich da, wo dasselbe nicht einmal zutreffend genannt werden kann.

Wir können es aber nicht zutreffend finden, wenn der Verfasser nachdem er kurz zuvor gesagt: „Es gibt kein abstraktes Wollen," in Ausspinnung seines Grundgedankens S. 5. behauptet, das Wollen der Persönlichkeit in ihrer abstraktesten Gestalt ist auch im Staate selbständig vorhanden, ja es hat in ihm ein eigenes nur für das Wollen bestimmtes Organ, welches wir die gesetzgebende Gewalt nennen." Denn S. 44 spricht der Verfasser selbst von einer zweiten „selbständigen Grundform des Staatswillens," nämlich der Verordnung, welche nach all seinen Ausführungen auch „nur für das Wollen bestimmt" ist, wenn auch nur „für das thätige," d. h. dasjenige Wollen, welches „die in das abstrakte Wollen (!) hineingreifenden Elemente umarbeiten und mit den ersteren in Harmonie bringen soll."

Wir können auch das nicht zutreffend finden, was der Verf. S. 5 weiter ausführt: „In jeder Persönlichkeit hat der für sich gedachte selbstbestimmte Wille zu seinem Inhalt nur noch (?) diejenige Gestalt des äußern Daseins, welches der Wille will; noch nicht die wirklichen Verhältnisse, auf welche er sich bezieht. Der Prozeß, durch welchen die Persönlichkeit diesen Inhalt ihres Willens in der äußern wirklichen Welt zu verwirklichen trachtet, ist die That." „In ihr zeigt das Leben eine doppelte Bewegung, einmal den Prozeß, durch welchen die Persönlichkeit den Eindruck der Dinge in sich aufnimmt und sie in sich durch ihren Willen bestimmt und sodann den Prozeß, der diesen Willen in die Außenwelt trägt, und der dadurch, indem er die letztere unterwirft, von ihr mannigfach bedingt wird. Das ist für jede Persönlichkeit giltig, mithin auch für den Staat."

Dieß und „daß dieser Selbständigkeit der That im Wesen des Staates die beiden großen Grundformen der Vollziehung und Verwaltung entsprechen" können wir nicht zutreffend finden.

Der bloße Wille des Einzelnen kann (im schlichten Deutsch gesprochen) Unvereinbares und Unausführbares oder Ausführbares ohne die Bedingungen seiner Ausführung zum Inhalte haben, während im Handeln sich jede Persönlichkeit nach der Natur der behandelten Gegenstände richten, daher diese Natur zu erkennen suchen und darnach ihren ursprünglichen Willen ändern oder doch näher bestimmen muß. Immer entscheidet aber bei dem Einzelnen sein jüngster Wille über die That, im Staate dagegen immer zunächst „der selbstbestimmte

Wille" (das Gesetz), wenn er auch viel älter ist, als dessen „thätiger Wille" oder die Verordnung. „Das Recht aller eigentlichen Verwaltung," so lehrt der Verfasser selbst S. 27 „hört da auf, wo ein bestimmtes Gesetz ihm eine Grenze zeichnet, selbst dann, wenn sie dadurch unmöglich werden sollte." Diese Unmöglichkeit der Thätigkeit durch eigenen Willen ist bei der Einzelpersönlichkeit unmöglich, weil bei ihr eine solche Unterscheidung und Unterordnung verschiedener Willen, wie sie in jedem Verein, also auch im Staate nothwendig besteht, nicht denkbar ist. Darum geht es auch nicht an, dieselbe aus dem Begriffe der Persönlichkeit ableiten zu wollen.

Im Staate sollen ferner nicht bloß die thätigen sondern auch die „nur für das Wollen bestimmten Organe" desselben „den Eindruck der Dinge in sich aufnehmen, und sie in sich durch ihren Willen bestimmen" und es gibt wirklich „Gesetze," welche auch das Detail der Ausführung entsprechend anordnen.

Das häufige Selbstlob des Verfassers scheint uns bei seiner Lehre von der That nicht am Platze zu sein. Denn einmal enthält sie nichts Neues; da Constant schon vor fünfzig Jahren den Satz ausgesprochen, daß zwar „das Wollen, nicht aber die Vollziehung immer möglich ist" und daraus schlüssige und faßbare Lehren abgeleitet hat; sodann eignet sie sich darum nicht zur Grundlage der Verwaltungslehre, weil das Charakteristische der Verwaltung nicht die That im Allgemeinen ist, sondern die durch das Wohlwollen bestimmte und durch das Recht beschränkte Thätigkeit der Staatsorgane wie dieß Herbart längst schon nachgewiesen, von dem der Verfasser behauptet, daß „er die That nicht kennt und daher (!) auch keinen Begriff von der Verwaltung hat." Wenn er ferner behauptet „recht wohl zu wissen, daß es in der ganzen Philosophie keinen Begriff und keine Lehre von der That gibt" so müssen wir ihn auf Stahls Rechtsphilosophie I. Bd. S. 503 verweisen, wo dieser Philosoph auch stolz darauf thut, die That als einen Grundbegriff der Philosophie dargelegt zu haben, aber damit eben so wenig erklärt, wie hier der Verfasser.

Doch verfolgen wir sein Analogienspiel weiter: „Die Thätigkeit des Staates zeigt einen doppelten Charakter."

„Einerseits hat sie den Willen des Staates zum Inhalt, wo ein solcher bestimmt vorliegt, wo er aber mangelt, muß sie (die Thätigkeit!) aus dem Wesen des Staates die Aufgabe ihrer Thätigkeit schöpfen und die formelle Willensbildung des Staates durch ihren eigenen Willen ersetzen. Sie (die Thätigkeit!) erscheint daher (?) hier nur (?) noch als die reine Kraft des seinen Willen oder sein Wesen (?) verwirklichenden Staates" d. h. als „vollziehende Gewalt". Die „abstrackt, noch ohne bestimmten Inhalt gedachte Thätigkeit dieser" (Thätigkeit oder) „Gewalt nennen wir die Vollziehung." Auch S. 43 spricht der Verf. von einem „Willen der That". „Andererseits ist die vollziehende Gewalt für sich gedacht nur der Organismus der Möglichkeit der Thätigkeit. Die wirkliche Thätigkeit entsteht, sowie die Vollziehung in den wirklichen Verhältnissen und Gegenständen des Staatslebens den Willen oder das Wesen des Staates konkret zur Verwirklichung bringt und die Vollziehung, insofern sie Gestalt, Eintheilung und Namen durch Natur und Kraft ihrer Objecte empfängt, heißt dann die Verwaltung."

Diesen „Unterschied kann" der Verf. „allerdings in der Psychologie des Einzelnen thatsächlich nicht verfolgen", weiß sich aber damit zu trösten, daß es „ja das Wesen der höheren Persönlichkeit ist, daß in ihr die unklaren (?) Elemente der niedern, sich selbständig zur Geltung bringen."

Noch weniger kann er die folgenden Unterscheidungen bei der „niederen Persönlichkeit" nachweisen und gibt daher die Vergleichung des Staates mit dieser hier auf: „Jede vollziehende Gewalt," wiederholt er S. 13. „darf nicht bloß mit dem formellen Gesetze sich begnügen, sondern muß nichts wollen, als was sie selbst als Inhalt der Staatsidee erkennt." „Dieses Bewußtsein gestaltet sich für die wirkliche Thätigkeit zu leitenden Prinzipien". „Insofern nun die vollziehende Gewalt von solchen Prinzipien durchdrungen und beseelt ist" (woran ist dies erkennbar?), „nennen wir die Vollziehung die Regierung des Staates", die „eben nichts als die prinzipielle Vollziehung ist." „Die Vollziehung wird Verwaltung, indem sie mit den gegebenen äußeren Verhältnissen zu thun hat, welche in ihrer Berührung mit dem Staate sich als die Staatsaufgaben darstellen. Diese Aufgaben scheiden sich in drei Gruppen und diese Scheidung erzeugt die drei großen Gebiete der Verwaltung nämlich „die Thätigkeit für die wirthschaftliche Existenz des Staates oder die Finanzverwaltung", die Sorge für „die Unverletzlichkeit des Einen durch die Handlungen des Andern" oder „die Rechtspflege" und endlich „die Thätigkeit für die Entwicklung aller einzelnen Persönlichkeiten im Staate" oder „die Verwaltung des Innern."

Warum der Verf. die Militärverwaltung und die Verwaltung des Aeußern welche schon als Gegensatz zur „Verwaltung des Innern" sich aufdrängt, hier nicht anreiht, dafür liegt kein Grund vor, es müßte denn die Erhaltung der Hegel'schen Dreizahl für einen solchen gelten.

Aus den hier angeführten Stellen des vorliegenden Buches errathen die Leser wohl kaum, was dessen Verf. darin liefern will, wir können sie aber versichern, daß sie auch aus seiner vollständigen „Einleitung" darüber nicht ins Reine kommen, weil sie in der Bearbeitung einer politischen Wissenschaft doch wohl keine Rechtswissenschaft zu finden glauben, von einer „Verwaltungslehre" keine Verfassungslehre, von der Lehre welche verwalten, d. h. bestimmten Zwecken entsprechend thätig sein, lehren soll, doch wohl keine Belehrung über die Subjekte, Formen und Gränzen dieser Thätigkeit kurz über das Recht erwarten können. Der vorliegende Band enthält aber nicht viel mehr als einen Theil des Verfassungsrechtes. Der Verf. bringt dieses mit der „Verwaltungslehre beiläufig durch Folgendes in Verbindung: Da „die Verwaltung im weitesten Sinne die Gesammtheit des thätigen Staatslebens begreift, die Vollziehung aber die Kraft und Organisation der Thätigkeit des Staates an sich ist, so ist diese das allen Gebieten der eigentlichen Verwaltung Gemeinsame, daher der allgemeine Theil der Verwaltung und die Lehre von der vollziehenden Gewalt der allgemeine Theil der Verwaltungslehre." Die Aufgabe des vorliegenden Bandes ist es, diese Lehre „nach allen Seiten und Ordnungen darzustellen."

Ein Ueberblick über den Inhalt dieses Bandes genügt, um zu sehen, daß darin nicht „ein allgemeiner Theil der Verwaltung" sondern ein besonderer Theil des Verfassungsrechtes dargestellt wird. Der „allgemeine Theil" einer Lehre

muß doch Begriffe bearbeiten, welche an allen Orten der besonderen Theile zur Anwendung kommen. Das kann man aber doch von der Ministerverantwortlichkeit, vom Klag- und Beschwerderecht, vom Staatsdienerrecht u. dgl. für die Lehre von den Maßregeln der Verwaltung des Innern nicht behaupten? Der Verf. selbst muß den untrennbaren Zusammenhang seiner Darstellung mit dem Verfassungsrechte dadurch anerkennen, daß er ganze Parthien, welche er selbst als Verfassungsrecht bezeichnet, in dieselbe zieht.

Da zur „Thätigkeit des Staates auch die Thätigkeit der Gerichts-, Finanz- und Militärbehörden gehört, so könnten die Leser glauben, daß die folgenden Bände der „Verwaltungslehre" des Verfs. welche seinem Begriffe nach „die Gesammtheit des thätigen Staatslebens begreift", auch die Thätigkeit dieser Behörden besprechen werden. Sie würden irren. „Die eigentliche Verwaltung", sagt der Verf. S. 17, ist zwar „der besondere Theil der Verwaltung im weitesten Sinne. Sie hat aber so wie diese keinen Inhalt für sich. Ihr Inhalt sind die Finanz-, Rechts- und innere Verwaltung. Es gibt daher auch keine eigentliche Verwaltungslehre (der Verf. will sagen: keine Lehre der eigentlichen Verwaltung), sondern nur eine Verwaltungslehre der Staatswirthschaft (die Finanzwissenschaft) der Rechtspflege" (nämlich „die Rechtslehre und (!) den Prozeß") und „eine Verwaltungslehre der inneren Verwaltung," welche der Verf. nach Analogie der „kohlensauren Jungfrau" die „innere Verwaltungslehre nennt. Nur diese werden die folgenden Bände des vorliegenden Werkes behandeln, weil der Verfasser es „dem Leser überläßt, die beiden mittleren Gebiete durch die bestehenden Bearbeitungen auszufüllen." Darnach zählt der Verf. „die Rechtslehre" auch zur eigentlichen Verwaltungslehre, erklärt aber selbst, daß es eine solche eigentlich nicht gibt. Er sollte daher die „eigentliche Verwaltung" eigentlich nicht so nennen und der „inneren Verwaltung" diesen Namen belassen. Er hätte dann in der Systemisirung nicht gefehlt und stünde auch nicht mit dem Sprachgebrauche der übrigen Welt in einem begriffsverwirrenden Kriege. Seine willkührliche Ausdehnung gegebener Begriffe beweist wohl schon allein, daß sich „die Lehre vom Rechte und dem Organismus der vollziehenden Gewalt" nicht in „die Verwaltungslehre" zwängen läßt. Es beweist dies auch die Art, wie der Verf. den Begriff des Rechts in seine Lehre einführt. Nachdem er den Proceß des stattlichen Lebens beschrieben und hiebei die Gesetzgebung, Vollziehung und die drei obigen Gebiete der Verwaltung als „die absoluten Formen des Staatslebens" bezeichnet hat, erklärt er S. 21: „Demnach (?) mangelt hier ein Begriff und das ist der des Rechts für das Verhältniß dieser Momente unter einander.

Diese Art der Einführung des Rechtsbegriffes beweist aber auch die ganze Einseitigkeit seiner Grundanschauung vom Staate. Bei der Einzelpersönlichkeit ist die Funktion jedes Organs von der Natur bestimmt und so auch das Verhältniß dieser Momente unter einander. Wollte der Verf. daher durchaus seine Rechtslehre aus dem Begriffe der Persönlichkeiten ableiten, so mußte er den Rechtsbegriff gewaltsam in sein System werfen.

Nicht bloß von den Bäumen, sondern auch von den Grundbegriffen aller Wissenschaft gilt der Satz: „An ihren Früchten werdet ihr sie erkennen." Weil wir nun schlechte Früchte aus denen des Verfassers sprießen sehen, so können

wir seinen Grundlehren nicht den Werth zuerkennen, welchen er ihnen S. 8 beilegt: „Es gibt keinen andern Weg, den Staat zu verstehen, als den, ihn als selbstthätige Form der Persönlichkeit zu erfassen. Der aber leitet noch zu vielen andern Dingen, welche als hohe, erhabene Ziele der Wissenschaft künftiger Geschlechter vorbehalten bleiben. In einer größeren Zeit als die unserige ist, werden wir die goldenen Tafeln im Grase wiederfinden."

Mit viel mehr Recht hätte der Verf. seine ganze Lehre auf die Unterschiede der staatlichen von der Einzelpersönlichkeit, auf den Unterschied des Wir vom Ich als auf deren Aehnlichkeiten gründen können. Denn sein Buch ist, wie gesagt, nicht viel mehr als eine Rechtslehre. Der Begriff des Rechtes hat aber innerhalb der Einzelpersönlichkeit keinen Platz, ist wesentlich ein Begriff des Gemeinlebens. Jede gesellschaftliche Persönlichkeit bedarf zu jeder ihrer Lebensäußerungen Organe, die selbst „den Character des persönlichen Daseins" haben. Was nun von ihrem gesammten Wollen und Thun als Aeußerung der gesellschaftlichen Persönlichkeit gelten soll, muß durch gesellschaftlichen Willen bestimmt sein und dieses muß weiter als Aeußerung einer und derselben Persönlichkeit mit einander in Einklang, daher in einem Verhältniß der Ueber- und Unterordnung stehen, kurz die Herrschaft, welche jede Persönlichkeit ihrem Willen über den aller andern verschaffen möchte, muß eine genau begränzte und diese Gränze gesichert sein. Diese Funktion übernimmt im staatlichen Leben bekanntlich das öffentliche Recht; und öffentliches Recht zumeist enthält das vorliegende Buch.

Es zerfällt in zwei Theile, deren erster angeblich „das Recht der vollziehenden Gewalt erörtert, während der zweite den „Organismus der vollziehenden Gewalt darstellt. Der Verf. hätte die beiden Theile, wie uns scheint, bezeichnender das äußere und das innere Recht der vollziehenden Gewalt nennen können. Den der erste Theil bespricht die Rechtsverhältnisse der vollziehenden Gewalt zur Gesetzgebung, zum Staatsoberhaupte, und zu den Rechten und Interessen der einzelnen Staatsbürger, der zweite Theil unter Anderem „das staatsrechtliche Wesen des Amtes, das Staatsdienerrecht, das äußere und innere Recht der Selbstverwaltungskörper und endlich das innere und öffentliche Recht der Vereine.

Alles dieses geschieht in der Weise, daß der Verf. zunächst die aus seiner Grundanschauung vom Staate und aus der Geschichte der einzelnen Rechtsinstitute entwickelten Dogmen voranstellt. Hieran eine historisch-kritische Zusammenstellung der verschiedenen Rechtstheorien und sodann eine Vergleichung der Rechtszustände Englands, Frankreichs und Deutschlands knüpft und hiebei die Richtung, welche die Rechtsentwicklung in den genannten Ländern nehmen muß, bezeichnet.

Wir können aus dem reichen Inhalt dieser Darstellung nur Einzelnes hervorheben.

„Das ganze persönliche Leben des Staates als eine einheitliche Gewalt" nennt der Verf. S. 40. „die Staatsgewalt". „Alle Funktionen sind ihm daher Funktionen dieser Staatsgewalt". Diese selbstständig und in jeder derselben die einheitliche Staatsgewalt thätig gedacht, gibt den Begriff der sog. Staatsgewalt welche man als Aeußerungen der org. Eintheilung" (wessen?) „erkennen muß",

während man bisher in „verkehrter Weise den Begriff des Staates aus den Gewalten hat konstruiren wollen". „Nur das eine ist festzuhalten, daß die Staatsgewalt auch organisch untheilbar ist und sein muß, so daß alle einzelnen Gewalten niemals absolut selbstständig, sondern nur Momente der Staatsgewalt sind, woraus sich nun auch das Verhältniß der vollziehenden Gewalt ergibt." „Die Staatsgewalt erscheint nämlich zuerst als die Kraft, vermöge deren die Persönlichkeit des Staates als solche sich zur Geltung bringt, noch ohne Beziehung auf den Willen und die Thätigkeit des Staates. Diese reine Staatsgewalt ist daher weder ein Moment in der Gesetzgebung noch in der Verwaltung". „Die Funktionen, welche in ihr liegen", sind Rechte des Königthums, welches damit nach Innen Inhaber der höchsten Würden nach Außen Inhaber des Rechts ist Krieg, Frieden und Verträge zu schließen." „Die Staatsgewalt erscheint zweitens als höchste Spitze der gesetzgebenden Gewalt. Die Funktion des Staatsoberhauptes ist hier die, durch seine Zustimmung das Wollen der Vertretung des Volkes zum individuellen Willen des Staates zu machen."

„Die Staatsgewalt erscheint drittens als Haupt der gesammten Verwaltung, d. h. jede That des Staates muß unbedingt als eine That der Staatsgewalt, das ist des Staatsoberhauptes erscheinen." „Durch dieses Princip wird die vollziehende Gewalt, das was sie sein soll, ein Moment an der Staatsgewalt". Dieselbe „erscheint aber auch selbstständig in einem nur ihr gehörigen Organismus", im Heere nämlich. Dieses „hat keine besondere Aufgabe als die, die Kraft des Staates an und für sich objectiv darzustellen." Es ist „das Organ der abstracten vollziehenden Staatsgewalt." Daraus folgert der Verf. nicht bloß, daß „das Heer keinen selbstständigen Willen zu haben bestimmt, das Organ des persönlichen Willens des Staatsoberhauptes ist, sondern auch, daß „der Oberbefehl über alles, was das Heerwesen betrifft", in das „Gebiet des von Volksvertretung und Regierungsorganen vollkommen unabhängigen freien Willens des Staatsoberhauptes" falle, daß „das ganze Heerwesen überhaupt weder der Gesetzgebung noch der Verwaltung gehört und innig und organisch mit dem Staatsoberhaupte und seiner Gewalt verbunden ist."

Sind denn die Gesetze über die Heeresergänzung, über die Dienstzeit u. dgl. keine Gesetze? Ist denn die Militärverwaltung keine Verwaltung?

Zum Inhalte der vollziehenden Gewalt rechnet der Verf. weiter die Regierungsgewalt. In Folge seines Analogienspieles hatte er die Vollziehung „die That des Staates" genannt. Daraus folgert er nun etwas, wofür wohl nur er allein eine Analogie innerhalb der Einzelpersönlichkeit heraus zu finden vermag, den Satz nämlich, daß „wenn die Vollziehung die That des Staates für sich betrachtet ist, so muß sie einen Willen enthalten, welcher dieß ihr Thun oder die Thätigkeit als solche zum Inhalte hat." Er unterscheidet demnach einen selbstständig gedachten thätigen Willen der Staatsgewalt" und dieser ist ihm die Regierungsgewalt und einen bloß wollenden Willen des Staates, welcher die Gesetzgebung ist.

„Wie jeder thätige Wille erscheint ihm dann die Regierungsgewalt in drei Formen, dem Willen für sich, der Verordnungsgewalt, der Bildung der Mittel seiner Verwirklichung, der Organisationsgewalt und der äußeren Thätigkeit, der polizeilichen oder Zwangsgewalt."

Nach dieser Einleitung geht der Verf. daran, „das Recht der vollziehenden Gewalt und hier zunächst das Rechtsverhältniß von Gesetz und Verordnung darzustellen. Ihm ist Gesetz „derjenige Staatswille, der von dem Organ der Gesetzgebung aufgestellt und durch die Zustimmnng des Staatsoberhauptes zum Willen des persönlichen Staates erhoben ist." Wir wollen diese Definition von unserem niederen Standpunkte der (formalen) Logik nicht kritisiren, da der Verf. noch an mehreren anderen Orten sagt, was er eigentlich unter Gesetz versteht, ja unmittelbar darauf erklärt: „Es gibt daher (?!) kein Gesetz ohne Volksvertretung". „Die Verordnung ist der Staatswille ohne dieselbe, das Gesetz der Staatswille mit derselben."

„Da das Gesetz von allen Faktoren des Staatswillens (Staatsoberhaupt, Regierungsorganismus und Volksvertretung) gebildet ist, die Verordnung dagegen nur von einem Theile derselben (bloß vom Staatsoberhaupte und dem Regierungsorganismus); so ist da, wo ein Gesetz vorhanden ist, die Verordnung demselben unbedingt untergeordnet. Sie kann das Gesetz weder aufheben, noch kann sie es sistiren."

Das wäre nun einmal klar gesprochen, aber die verkehrte Grundanschauung vom Staate zwingt den Verf. in einer verschwommenen Ausführung dieses Satzes die deutliche Zeichnung desselben wieder zu verwischen.

„Alle Thätigkeiten des Staates", sagt er S. 79, „werden unabänderlich zugleich durch Gesetze und Verordnungen bestimmt. Und man kann niemals äußerlich das Gebiet der Gesetze und der Verordnungen endgiltig scheiden. Es ist ein großer Irrthum zu meinen, daß man das Verhältniß zwischen Gesetz und Verordnung durch einzelne rechtliche Bestimmungen regeln kann. Eine solche Auffassung gehört den niedern Stadien der staatlichen Entwicklung an. Man muß, will man ein Ergebniß, das für das Leben gelten soll, das Verhältniß jener beiden Functionen selbst als ein lebendiges auffassen." Die Harmonie zwischen Gesetz und Verordnung wird durch einen beständigen Proceß auf allen Punkten erzeugt und erhalten. Indem derselbe wirkt, erzeugt er für beide Gewalten feste Normen (also doch?), durch welche er sich verwirklicht." Dieser „lebendige Begriff" macht „einleuchten, daß es kein einfaches Recht der vollziehenden Gewalt im Ganzen, sondern nur ein allgemeines Prinzip für dieselbe gibt und daß es ein besonderes für jedes Element derselben ist." „Das Staatsoberhaupt nun vertritt die Persönlichkeit des Staates an sich." „Die königliche Gewalt" (auch in Nordamerika bei dem „Widersinn der executive power des Präsidenten" ?) „fordert als die höchste persönliche Form des Staatslebens, als Gebiet ihres von Volksvertretung und Regierungsorganismus vollkommen unabhängigen freien Willens" wenigstens folgende Kategorien: Den Oberbefehl über alles was das Heerwesen betrifft, die Gnadenverleihungen und Begnadigungen, die Anstellungen und Berufungen und endlich die Kategorie des Nothrechts des Staates. Dieses ist das Recht der Staatsgewalt an die Stelle der Gesetze den Willen der Vollziehung zu setzen." (Also darf dieser die Gesetze aufheben oder doch sistiren!) „Der Zustand der daraus hervorgeht, ist der Belagerungszustand. Dieser kann nicht durch die gesetzgebende Gewalt beschlossen werden, denn — das Gesetz kann die Gesetzmäßigkeit nicht aufheben."

(Ein geistreiches Wortspiel, nur schade, daß es nichts beweist.) „Der Belagerungszustand darf auch nicht an Bedingungen geknüpft werden" wie etwa, daß „das Ministerium oder der Staatsrath gehört werden solle." Und gleich darauf fügt der Verf. hinzu: „Es gibt nur einen Rechtssatz, der für die Belagerungszustände gelten sollte, das ist der, daß derselbe die verfassungsmäßige Thätigkeit der gesetzgebenden Körper nicht aufheben darf." Eine Thätigkeit der Gesetzgebung bei „aufgehobener Gesetzmäßigkeit" — das wäre denn doch nur ein Komödienspiel.

Diese „rechtlichen Grundsätze über das persönliche Vollziehungsrecht des Staatsoberhauptes" passen zu dem Grunde des Verfs. für die höhere Geltung der Gesetze schlecht. Stehen die Gesetze darum über dem Willen der Vollziehung, weil „sie von allen Faktoren der Staatsgewalt gebildet sind," so sollte der individuelle Wille des Staatsoberhauptes die geringste Bedeutung haben.

Diese „Grundsätze" passen eher zu den Ausführungen auf S. 286 u. f., wo der Verf. „das erbliche Königthum ein absolutes Moment des Staates" nennt und von der Gesetzgebung behauptet, daß sie „vorwiegend der Ausdruck der herrschenden Interessen ist", und in ihrer Arbeit nur formell zur Einheit gelangt und daß das Prinzip dieser Einheit nicht die Ueberzeugung, sondern das mechanische Moment der Zahl ist, die Regierung dagegen innerlich eins sein muß, um in dem Kampfe individueller Ansichten der Volksvertretung das wirkliche Leben des Staates als ein wesentliches und persönliches vertreten zu können."

„Die Harmonie zwischen der Gesetzgebung und der Regierungsthätigkeit", setzt der Verf. S. 91 fort, „ist, da die Regierung als ein System von Gewalten erscheint, deren jede ihre eigene Function hat, nicht durch ein paar einfache Sätze, sondern nur durch ein System von Rechtssätzen herzustellen." Gegenüber der Gesetzgebung wird diese Harmonie durch die Verantwortlichkeit der Regierung, gegenüber den „gesetzlichen Rechten" der Einzelnen durch das Klagrecht erzielt.

„Da die gesetzgebende Gewalt", führt der Verf. S. 95 aus „die höchste und allgemeinste Bestimmung des Willens der Persönlichkeit des Staates enthält, so ist die Regierung deren eigenthümliches Organ, das Gesammtministerium ist verpflichtet, im Geiste der Gesetzgebung zu handeln. Sie ist dafür verantwortlich, daß die gesammte Auffassung ihrer Aufgabe mit der der Gesetzgebung harmonire. Das ist die politische Verantwortlichkeit der Regierungsgewalt oder die Ministerverantwortlichkeit" im Gegensatze zur „juristischen Verantwortlichkeit der Regierung oder der Verpflichtung der Regierung und ihrer Organe, für ihre einzelnen Verordnungen und ihre Folgen zu haften, so weit sie mit den bestehenden Gesetzen in Widerspruch stehen."

Als Bedingung der erstern in der Verfassung bezeichnet der Verf. S. 96 1. „Das unbeschränkte Recht der Regierung, selbst Gesetzentwürfe einzubringen; 2. das Recht derselben in der Debatte immer das Wort ergreifen zu können. Die 3. Bedingung ist, daß wenn die Auffassung der vollziehenden Regierungsgewalt über die Bedürfnisse der Verwaltung wesentlich verschieden sind, die Minister ihre Stelle niederlegen."

„Die Mittel, welche die gesetzgebende Gewalt (?) ihrerseits hat, eintretende Widersprüche dieser Auffassungen zu lösen sind zweifach." Einmal „die Aufstellung der Majorität gegen die Auffassung der Regierung bei jeder Theil-

nahme der letzteren an der Gesetzgebung" und sodann „die Steuerverweigerung." Da „die Steuern absolute Bedingungen des Staatslebens sind," so läge „in der Verweigerung der Steuer an sich der Widerspruch, daß derselbe Staat nicht mehr existiren solle, durch welchen eben die Gesetzgebung ihr Recht der Steuerverweigerung empfängt." Ganz richtig! Aber keine Volksvertretung verweigert die Steuer an sich, sondern sie verweigert sie nur dem bestimmten Ministerium und noch weniger will sie, daß ihr Heimathsstaat zu existiren aufhören solle, sie verlangt im Gegentheile, daß das regierende Ministerium denselben nicht zu Grunde richte, nicht seine Existenz gefährde. Die Voraussetzung des Verfs. ist daher falsch und er deßhalb nicht berechtigt zu sagen: „Die verfassungsmäßige Steuerverweigerung kann daher nie die Verweigerung der Einnahmen der Steuern, sondern nur der Ausgaben des Staates" sein. Zudem findet der Verf. S. 98 selbst, daß eine allgemeine Verweigerung der Ausgaben ganz denselben Widerspruch enthält, wie eine Verweigerung der Einnahmen" und erklärt deßhalb, daß die „Gesetzgebung nur das Recht haben sollte, dem bestimmten Chef des einzelnen Verwaltungszweiges die Ausgaben zur Vollziehung derjenigen Thätigkeit" (Auffassung!) „zu verweigern, welche mit der Gesetzgebung in Disharmonie steht." Es geht dem Verf. mit dieser Lehre, wie Stahl mit seiner Lehre von der That. Sie löst einen Widerspruch und schafft dafür zehn neue. Muß nicht das ganze Ministerium eine und dieselbe „Auffassung über die Bedürfnisse der Verwaltung" haben? Heißt es nicht auch den Staat auflösen, wenn „die Gesetzgebung" dem Kriegsminister, oder dem Justiz- oder Finanzminister alle Ausgaben verweigert? u. s. w. u. s. w.

Von der „politischen Verantwortlichkeit der Regierung unterscheidet der Verf, wie gesagt, die juristische." „Diese kann nur für diejenigen Akte oder Ueberlassungen" (Unterlassungen) „eintreten, welche sich auf Rechte oder Ordnungen beziehen, durch welche das verfassungsmäßige Verhalten der großen Organe und Funktionen des Staates selbst begründet wird." Etwas klarer drückt er dies S. 104 aus: „Eine Verfassung bedarf nicht mehr, als des einfachen Satzes, daß der Verletzung des verfassungsmäßigen Verwaltungsrechts das Anklagerecht des Unterhauses gegenübersteht und das Oberhaupt zu richten hat, während jede Verletzung einzelner Rechte dem Klagrecht zugewiesen werden muß."

Bei der Vergleichung „der Verantwortlichkeit" von England, Frankreich und Deutschland erklärt der Verf. S. 101, daß es „vielleicht das größte Verdienst von Gneist sei, die traditionelle unbedingte Verehrung vor dem englischen Zustande erschüttert zu haben. Denn hier könne nur dasjenige durch die Verwaltung im Namen der Ideen des Staates geschehen, was den Interessen der herrschenden Partei entspricht, wenn jene nicht „verantwortlich" werden — d. i. gegen ihr eigenes Interesse handeln will. Das sei ein Zustand in welchen der Geist des Staates untergehen muß, wenn er nicht in dem einzelnen Staatsorgan lebendig bleibt. Denn Parlament und Minister können ihn nicht mehr lebendig erhalten."

Wenn Hr. Prof. Stein die Schuld an diesem Zustande dem englischen System der Verantwortlichkeit zuschreibt, so ist er auch hier nicht konsequent, denn er bezeichnet es selbst „seiner Form nach als die höchste Vollendung der

Ideen der Verantwortlichkeit." Das öffentliche Recht besteht aber blos aus „Formen" und die Aufgabe der Rechtsphilosophen und der praktischen Staatsmänner ist es eben, diejenigen „Formen zu finden, welche den richtigen Geist, den ihre heilsame Wirkung voraussetzt, immer wieder auf's Neue von selbst erzeugen. Diesen richtigen Geist erwartet der „verehrte Freund" des Verfs. von der „persönlichen Selbstthätigkeit aller Bürger im Staate". Von dieser, genauer von der gutorganisirten Selbstverwaltung erwartet Gneist die Erhaltung oder Wiederherstellung der Regierungsfähigkeit des Parlaments und der Minister. Von der Zerrüttung der Selbstverwaltung befürchtet er die Tödtung des politischen Geistes, nicht aber von dem Rechte der Verantwortlichkeit. Hier war daher die Berufung auf Gneist nicht am Platze.

„Die Harmonie zwischen Gesetz und Verordnung" wird nach des Verf. weiterer Ausführung hergestellt durch „das Klagerecht." „Das Recht des Individuums", behauptet er S. 105 „ist der Schutz gegenüber jeder Gewalt, die nicht im Namen des Gesetzes kommt."

Es ist eine dem Manne der Wissenschaft schlecht anstehende Gewohnheit des Verfs., ungenau im Ausdruck zu sein. Wollte man sich bloß an einzelne Ausdrücke desselben halten, so würde man ihm noch viel mehr Widersprüche nachweisen können, als deren sein Buch ohne dies enthält. Will man ihm nicht Unrecht thun, so muß man sich die große Mühe nehmen, aus den unzähligen Wiederholungen eines und desselben Gedankens denselben zu ermitteln.

Dem letzten Ausspruche des Verfs. zufolge könnte der Leser glauben, derselbe verlange englische Zustände, verlange daß „jeder Act eines Organes der Regierungsgewalt nichts anders sein dürfe als die bestimmte Vollziehung eines Gesetzes, daß es formell keinen Gehorsam gegen Beamtete, sondern nur gegen Gesetze gebe." Er wird darin bestärkt durch die Worte auf S. 93: „Das Recht der Verordnung kann nur in denjenigen Formen und Rechtssätzen enthalten sein, welche die beständige Zurückführung des Inhalts der Verordnungen, auf den Inhalt des Gesetzes enthalten."

Dennoch würde der Leser irren. „Es ist nichts unverständiger," erklärt Prof. Stein schon auf S. 31, als von einer Unterordnung der Vollziehung unter das Gesetz zu reden, denn das Gesetz ist ja selbst nur ein formeller Ausdruck der Staatsidee in einem einzelnen Gebiete, eine Seele, welcher erst die Vollziehung mit ihrem Verständniß der wirklichen Dinge (!) den Körper gibt. Die Vollziehung muß von der Staatsidee oft noch lebendiger durchdrungen sein, als die Gesetzgebung. Sie muß beständig das Gesetz ersetzen, über dasselbe herausgehen, denn wo das Gesetz mangelt, ist sie selbst die höchste Gewalt." S. 73: „Die Verordnung ist zum Theile eine selbständige zweite Grundform der Gesetzgebung." S. 54: „So weit sie nicht durch ein Gesetz begränzt ist, ist sie Gesetz im weiteren Sinne und was sie bestimmt, ist geltendes öffentliches Recht". S. 115: „Selbst wenn nach der Verfassung über bestimmte Verhältnisse ein Gesetz existiren sollte, hat die Verordnung das Recht, an dessen Stelle zu treten." S. 66. Die Vollziehung ist nicht blos eine Dienerin der Gesetzgebung." Aehnliches sagt der Verf. noch auf S. 76, 78, 115, 122 u. s. w. S. 44 fügt er beschränkend hinzu: „Nur hat die Regierung keinen dauernden

Zustand herzustellen, sondern (!) sie hat die gegebenen Verhältnisse im Namen der vollziehenden Gewalt so zu ordnen, wie es der Staatszweck erfordert."

Bedeutet dieser Satz, daß alle Verordnungen nur eine provisorische Geltung haben für so lange, als die Gesetzgebung nicht mehr Einsprache gegen sie erhebt? Dies scheint der Verf. in dem Folgenden sagen zu wollen. S. 76: „Wo für irgend welche Fragen ein Gesetz mangelt, da ist das Staatsoberhaupt unbedingt berechtigt, die Verordnung als Gesetz zu erlassen"; S. 78: „Sind dies Gebiete, welche nach der Verfassung der gesetzgebenden Gewalt unterworfen sind, so nennt man solche Verordnungen wohl provisorische Gesetze, das ändert aber weder ihren Character, noch ihr Recht. Sie bleiben Verordnungen:" und S. 116: „Ist die Verordnung nicht angemessen, so soll die eigentliche Gesetzgebung sie aufheben." Hier entsteht die neue Frage, ob bei der Aufhebung einer Verordnung durch die Gesetzgebung alle Faktoren derselben zusammenwirken müssen, also auch das Staatsoberhaupt und die Regierung. Wird diese Frage verneint, kann jede Kammer alle ihr mißliebigen Verordnungen der Regierung aufheben, so entsteht Verwirrung in der Verwaltung; wird sie bejaht, dann schafft jede Verordnung „dauernde Zustände," welche Wirkung ihr der Verf. wie gesagt auf S. 44 abspricht. Auch auf S. 47 sagt er: „Immer bleibt es das Wesen der Verordnung, kein objektives Recht zu schaffen, sondern nur den Organen der Vollziehung in ihrer Thätigkeit bestimmte Vorschriften zu geben."

Aus dieser Blumenlese von Aussprüchen kann der geneigte Leser die Schwierigkeit ermessen, die eigentliche Meinung des Verfs. zu ermitteln. Will man sich ein Urtheil über dieselbe bilden, so muß man seine Werke mehrmals lesen, denn man muß zuvor deren Sprache studieren. Solche künstliche Schwierigkeiten zu schaffen, ist es nun längst nicht mehr an der Zeit. Die Wissenschaft bietet der natürlichen Schwierigkeiten genug, um jene entbehren zu können. Sie bringen den Leser um alle für das Studium nothwendige Gemüthsruhe, ja sie versetzen ihn geradezu in eine gereizte Stimmung.

Seine eigentliche Ansicht im vorliegenden Falle spricht der Verf. S. 105 in unmittelbarem Anschluß an den ersten der zitirten Sätze aus: „Das Gesetz schützt daher das Individuum vor der Verordnung, wenn diese – nun erwartet man folgerichtig den Schluß: nicht „im Namen eines Gesetzes kommt," statt dessen folgt: „Das gesetzliche Recht des letzteren angreift." Wie weit geht, das ist die nächste Frage, des „Individuums gesetzliches Recht"? Gesetzlich berechtigt, so scheint es uns, ist Jedermann zu Allem, was nicht durch ein Gesetz verboten ist. So wie also eine Verordnung ein neues Verbot erläßt, verletzt sie da nicht gesetzliche Rechte? Der Verf. sagt: Nein! „Gesetz und Verordnung haben als Bestimmungen des Staatswillens von dem Einzelnen Gehorsam zu fordern." „Die Pflicht zum Gehorsam gegen die Verordnung wird nur dann zweifelhaft, wenn die Uebereinstimmung zwischen dieser und dem Gesetz bestritten," (folgerichtiger wäre es gewesen zu sagen, wenn ihr Widerspruch behauptet) „wird". Der Verf. erklärt nun S. 108, daß „der bürgerliche Gehorsam gegen die Verordnungen als absolute Grundlage des Staatslebens erkannt werden muß, daß der Widerstand gegen dieselben an und für sich ein Vergehen ist." Der Verf. hat hiebei den „wirklichen", will sagen den „aktiven Widerstand" im Sinne, denn den

„passiven Widerstand, d. h. den Ungehorsam gegen eine Verordnung im Namen eines Gesetzes") (nicht auch im Namen sittlicher Pflichten) erklärt er für berechtigt, zugleich aber auch die Exekution auf Kosten des Ungehorsamen. Soll nun der Einzelne gegen diese geschützt werden, so muß derselbe (S. 114) „die vollziehende Gewalt nöthigen können, das gesetzliche Recht derselben als unantastbare Grundlage" (? will sagen Gränze) „ihrer Thätigkeit anzuerkennen. Das Mittel dazu ist das Recht der Klage" bei demjenigen „Organ, das über das Gesetz und seine Anwendung zu entscheiden hat", bei dem — „Gericht". Ein solches „administratives Klagrecht ist nur dann möglich, wenn ein ausdrückliches Gesetz wirklich vorliegt" und nicht etwa blos ein sog. provisorisches Gesetz. „Es gibt kein administratives Klagrecht ohne Verfassung" (worunter der Verf. die konstitutionelle Monarchie zu verstehen scheint). Der Verf. erklärt S. 115: „Es wäre ein unlösbarer Widerspruch, wenn man dieses Klagrecht *ohne* eine Verfassung für gewisse Verordnungen einräumen wollte; denn da dieselben ebenso gut Gesetze sind wie alle andern Akte, so folgt, daß man dabei dem Gerichte eine über ein Gesetz" (in der Sprache des Hrn. Prof. *Stein*?) „entscheidende Gewalt beilegen würde" was, „da das Gesetz der höchste Staatswille ist", unzulässig ist. Nun dieser Widerspruch bestand für Friedrich II. nicht, als er dem Kammergerichte befahl, „auf seine Reskripte die geringste Reflexion zu nehmen, wenn darin etwas wider die offenbaren Rechte sub et oprepirt, oder der strenge Lauf Rechtens dadurch gehindert oder unterbrochen wird; und auch nicht für Maria Theresia, als sie am 4. Febr. 1763 und nicht für Kaiser Franz I. als er 30. Dez. 1806 ähnliches verordnete.

Der Behauptung des Verf., daß jede Klage bei dem Gerichte als demjenigen Organe, welches über das Gesetz und seine Anwendung zu entscheiden hat" anzubringen ist, weiß Ref. nichts Besseres entgegenzustellen, als die Worte *Gneists* auf S. 1347 des II. Bandes seines englischen Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Abgesehen davon „daß die Uebertragung der Beschwerdeinstanz von den Regierungen auf die Gerichte unvereinbar ist mit der gesammten Organisation unserer Verwaltung von unten herauf, so wird man das schlichte Argument anerkennen müssen, daß Jedermann in höherer und höchster Instanz doch nur entscheiden kann, was er versteht und nicht bloß aus Gesetzen und Büchern versteht, sondern aus lebendiger und langjähriger Anwendung. Die Ausbildung unserer Juristen, ihre tägliche Beschäftigung mit Vermögensrecht und Strafrecht gibt nicht die nöthigen Kenntnisse und Erfahrungen, deren es doch nun einmal bedarf, um über Competenz der Staatsbehörden, über Angelegenheiten von Communen und Kreisverbänden, über jura circa sacra, über Sicherheits-, Wohlfahrts-, Gesundheits-, Sittenpolizei-Systeme, über Armen- und Wegeverwaltungs-Systeme, *Heeres und Landwehrverwaltungsfragen* (!) u. dgl. in höherer und höchster Instanz endgültig zu entscheiden." „Unser heutiges öffentliches Recht beruht auf den die Ausübung der Staatshoheitsrechte normirenden Gesetzen, auf der neueren Verfassung der Kreis- und Communalverbände, auf den verfassungsmäßig garantirten Rechten und Grundrechten. Es *kann* in fertiger Gestalt durchweg *nur ein Gesetzesrecht* sein; und die *Gerichte können darüber nur entscheiden, so weit es in einer dazu geeigneten Gestalt specialisirt und codificirt* ist.

Wer das Werk von Gneist ohne vorgefaßte Meinung studiert, muß wohl zu der Ueberzeugung kommen, daß die Frage nach den Mitteln der Erhaltung der Harmonie zwischen den Verordnungen der Vollziehung und den „gesetzlichen Rechten" der Staatsbürger sich nicht so einfach abthun läßt, wie der Verfasser glaubt.

Vom Klagrecht unterscheidet derselbe „das Beschwerde- und das Gesuchrecht". „Durch die Beschwerde sollen die Verfügungen der unteren Behörden" oder — wie der Verfasser in Folge seiner Grundanschauung vom Staate sagen müßte — soll der Wille der thätigen That und in unterster Instanz der Wille der wirklich thätigen That „mit dem Willen der verordnenden Gewalt (dem Willen der That) in Einklang gebracht, durch das Gesuch dagegen soll eine größere Berücksichtigung der Einzelinteressen von Seite" der letzteren erzielt werden. Beschwerde und Gesuch müssen an die Verwaltungsbehörden gerichtet werden. Daneben stellt der Verfasser in seiner souveränen Herrschaft über die deutsche Sprache (S. 148) ein besonderes „Petitionsrecht" auf. In der Verwaltung erscheint ihm „dasselbe als diejenige Form des Beschwerde und Gesuchsrechts, welche, indem sie die Harmonie der Vollziehung mit der Gesetzgebung voraussetzt, Uebelstände, welche in der letzteren liegen, aber erst in der ersteren zur Erscheinung kommen, durch einen gesetzgeberischen Akt beseitigt zu wissen wünscht und sich deßhalb an das Staatsoberhaupt oder an die gesetzgebenden Organe wendet" (wer? die Form?). Je nach ihrem Inhalte theilt der Verfasser die Petitionen in „Beschwerde- und Gesuchspetitionen" (!).

Dies über die „Verordnungsgewalt der Regierung". Wie Referent schon oben angedeuet, rechnet der Verfasser zum Inhalte der Regierungsgewalt auch „die Organisations und Zwangsgewalt", welche er die „Polizeigewalt" nennt.

Daß das Recht zu Verordnungen der Regierung und nicht der Gesetzgebung zukommt, liegt im Begriffe, daß das Zwangsrecht nicht dem „bloß wollenden", sondern dem „thätigen" Faktor der Staatsgewalt zusteht, liegt im Wesen dieser beiden Gewalten.

Daß aber die Organisationsgewalt in gleicher Weise einen Theil der Regierungsgewalt bildet, wie die Verordnungs- und Zwangsgewalt, daß „die Regierungsgewalt ihrem Wesen nach die Organisationsgewalt enthält", das konnte der Verf. nur in Folge seiner verkehrten Grundanschauung vom Staate behaupten. „Jede That erscheint" ihm (S. 32) „nämlich zuerst als Kraft und dann als Mittel der Ausführung." „Das Mittel aber, dessen sich die Kraft des Staates bedient, und in welchem sie lebt, ist das Organ der Vollziehung." Weil nun der „thätige Wille" des Einzelnen auch die Mittel seiner Thätigkeit zum Inhalt hat, so überträgt dies der Verf. ohne weiters auch auf das Staatsleben. Er findet (S. 45), daß in seiner konstitutionellen Monarchie „eine Vollziehung nicht denkbar ist, ohne daß die vollziehende Gewalt die einzelnen Momente ihrer Thätigkeit einzelnen Organen zutheile". Und warum? Weil „die Regierung in der Vertheilung der Staatsaufgaben eine wesentliche Voraussetzung der praktischen Erfüllung ihrer Aufgaben erkennt." Folgerichtig müßte der Verf. sagen, weil die Regierung zu ihrer Thätigkeit Geld und anderes benöthigt, hat sie auch über die Herbeischaffung und Verwendung dieser Mittel allein zu entscheiden.

Der Verf. fühlte, daß es mit der Organisationsgewalt als Theil der Regierungsgewalt ein anderes Bewandtniß habe, als mit der Verordnungs- und

Zwangsgewalt und darum erklärt er S. 154: „Wie alle Verhältnisse der vollziehenden Gewalt kann auch ihre Organisation Gegenstand der Gesetzgebung werden.“ In einem Athem fügt er jedoch hinzu: „Die Gewalt, von der die Organisation ausgeht, kann nur Eine sein, und das ist der persönliche Wille des Staatsoberhauptes.“ Diesen und nicht mehr das Gesetz nennt er hier „die höchste Staatsgewalt“. Da der diesem Bericht gestattete Raum schon ausgefüllt ist, darf der Ref. demselben nur noch Weniges hinzufügen. Unter dem Titel „Recht der Organisation“ behandelt der Verf. fast nur „das Competenzrecht“ unter dem „Polizei- oder Zwangrecht“ die Grundsätze des Polizeistrafverfahrens.

Im zweiten Theile des Buches bespricht er „die drei Grundformen des Organismus der vollziehenden Gewalt“, nämlich 1. den vollziehenden Organismus der reinen Staatsgewalt, die Staatswürden, Hofämter und den Staatsrath, 2. den Amtsorganismus, 3. den Organismus der Selbstverwaltung, wobei er nicht weiß, wohin er den englischen Friedensrichter stellen soll, und 4. (! bei der Ausführung haben sich vier Grundformen ergeben) das Vereinswesen. Es ist wohl die originellste Einseitigkeit des vorliegenden Buches, daß es das Vereinswesen darum als ein Glied des Organismus der Staatsverwaltung darstellt, weil diese in ihrer Thätigkeit von einigen Vereinen unterstützt wird. In Folge hievon ist der Verf. genöthigt, den Begriff des Vereins auf solche Vereine zu beschränken, welche sich „staatliche Zwecke“ setzen. Er führt jedoch weder seinen Grundgedanken, noch diese Beschränkung konsequent durch. Er verfällt nicht nur immer wieder in den Sprachgebrauch gewöhnlicher Menschenkinder, welchem er überhaupt in diesem Buche viel mehr als in seinen früheren Schriften gerecht wird, und nennt z. B. nicht nur die Wirthschaftsgenossenschaften „Konsumvereine, Sparvereine u. s w.“, sondern zieht auch „Gesellschaften anderer Art“ in den Kreis seiner Betrachtungen und liefert in so ferne Bruchstücke eines Kommentars zum allg. deutschen Handelsgesetzbuche, Beiträge zum Privatrecht.

Von diesen und andern Fällen abgesehen enthält das Buch, wie es von dessen geistvollem Verf. nicht anders zu erwarten ist, eine Fülle von treffenden Bemerkungen. Originell, wie es ist, dient es wie nicht leicht ein anderes, zur Anregung und mit seinen „Kategorien und Formeln“ zur Orientirung in den großen Werken über englisches, französisches und deutsches Staatsrecht. Ueber Oesterreich enthält es darum nichts, weil „für dieses Reich die bekannten Formen und Formeln nicht ausreichen“. Seine Philosophie der Rechtsgeschichte bewegt sich in den drei Kategorien der Geschlechter-, ständischen und staatsbürgerlichen Ordnung und kann im Vergleiche zu dem großartigen lebensvollen Bilde der englischen Rechtsentwicklung, welche Gneist uns geliefert, ebenso wie andere Arbeiten des Verfs. „wesentlich nur zur Anregung bestimmt“ sein. Dies kann in den Augen des Verfs. kein Tadel sein, denn er schließt sich an die Worte Feuerbach's an: „Das beste, was der Mensch zu leisten vermag, besteht nicht in dem, was er thut, sondern in dem, was er in edlen und tüchtigen Geistern anregt“.

Dr. Ratkowsky.

Grundbau der Nationalökonomie. Von Dr. H. Coutzer, Docent der Volkswirthschaftslehre. Leipzig 1866.

Nach der Ueberschrift möchte man wol ein System der Nationalökonomie im Grundriß erwarten. In der That aber enthält das Schriftchen drei historische Abschnitte, deren erster von den nationalökonomischen Leistungen des Alterthums, des Mittelalters und der Reformationszeit, der zweite vom Merkantilsystem, Physiokratismus und Socialismus, der dritte von A. Smith handelt; und einen vierten Abschnitt über Methode und Begründung der Nationalökonomie. Wer einigermaßen mit der reichen Literatur über Geschichte der Nationalökonomie vertraut ist, wird in den historischen Abschnitten der Schrift von Coutzer nichts Neues oder doch nichts Beachtenswerthes finden. Er thut sich etwas zu Gute auf das, was er uns von Thomas v. Aquin und von Franciscus Patricius mittheilt. Allein es will uns scheinen, daß, was er gegen Roscher in dessen Würdigung der nationalökon. Standpunkte des Thucydides sagt, auch hier seine Anwendung finde — daß nämlich einzelne nationalökon. Wahrheiten bei geistvollen Männern in Erörterung mannigfacher Stoffe vorkommen können, ohne daß deshalb hieraus auf ein zusammenhängendes nationalökon. Verständniß bei ihnen oder ihrer Zeit geschlossen werden könnte. Wir sind zudem der Meinung, daß die gedachten Schriftsteller in allgemeiner Auffassung alle wesentlich auf Aristoteles zurückzuführen sind, in dessen wenigen Entwicklungen eine begriffliche und sachliche Schärfe der Auffassung liegt, welche die mittelalterlichen Schriftsteller besser gekannt haben, als viele unserer immerhin sehr gelehrt thuender Historiker. Mehr als ein Gelehrtthun finden wir auch in dieser Schrift nicht.

Was über die Methode der Nationalökonomie im vierten Abschnitte gesagt wird, wo nach dem Nationalökonomen Schulze und beziehungsweise dem Filosofen Fries die Nationalökonomie auf den Weg „der regulativen Erfahrungswissenschaft" gewiesen wird, dürfte weder das Volk, zu dessen Tiefen doch die Nationalökonomie nach Coutzer herabsteigen muß, noch die Männer der Wissenschaft, welche diese Fragen bei Roscher-Knies breit genug getreten finden, am allerwenigsten aber die Filosofen von Fach, welche mit Recht fordern, daß Fragen um die Methode der Wissenschaft filosofisch erörtert werden, interessiren.

Genug — wir haben es in der vorliegenden Schrift mit einem mehr von den Rinnsalen zu thun, in welchen der bereits allzubreit und flach werdende Strom unserer Literatur unfruchtbar im Sande verläuft. H.

Entscheidungen des Tribunals zu Celle. Mitgetheilt von den Anwälten Wolde, Reuter, Raven, Haarmann, Himstedt, Naumann, Evers, Meyersbutg, Borchers. 7. Jahrgang. Hannover 1866. 256 S.

Aus der vorliegenden Sammlung civilrechtlicher Entscheidungen dürften für den österreichischen Juristen zunächst die — allerdings nicht sehr zahlreichen — handels- und wechselrechtlichen Entscheidungen und dann jene Entscheidungen von einigem Interesse sein, welche man als Materiale zur Beleuchtung von Proceßfragen, hinsichtlich deren die Ansichten der Hannoveraner bei der Bundescommission in Minorität blieben, verwenden kann.

Bemerkenswerth ist es, daß man in dieser Sammlung eine nicht geringe Zahl von Fällen findet, in denen weitläufige Beweisaufnahmen stattfanden, welche vom Ober-Appellationsgerichte, das eine andere als die von den Untergerichten angenommene Rechtsansicht seiner Entscheidung zu Grunde legte, schließlich für irrelevant erkannt wurden. Das Vorkommen dieser Fälle kann man zwar auch benützen, um die in der hannoveranischen Proceßordnung vorkommende Einrichtung der vorbehaltenen Berufung zu bekämpfen; allein es scheint unmöglich nicht auch daran zu denken, daß die Untergerichte, wenn sie nicht durch die von den Hannoveranern so lebhaft vertheidigte bindende Kraft des Beweisinterlocutes gehemmt gewesen wären, vielleicht bei Abgabe des Endurtheiles die richtige Rechtsansicht adoptirt hätten.

Die von den Hannoveranern mit der größten Entschiedenheit bekämpfte Frage der Beweisanticipation findet eine interessante Illustration durch die unter Nr. 136 mitgetheilten Entscheidungen, welche mit großer Aengstlichkeit an der Beweisanticipation im Berufungsverfahren festhalten.

Hinsichtlich der formellen Einrichtung der Sammlung glauben wir nicht unerwähnt lassen zu sollen, daß die einzelnen Entscheidungen in einer sehr ungleichartigen Weise mitgetheilt sind; in sehr vielen Fällen vermißt man die Entscheidungsgründe der Untergerichte; manchmal findet man nur den vom Ober-Appellationsgerichte ausgesprochenen Rechtssatz angegeben.

Die Benützbarkeit der Sammlung würde wesentlich erhöht, wenn die Herausgeber sich für die chronologische Ordnung entscheiden, und dafür ausführliche Register nach Materien (systematische und alphabetische Realregister) nach den citirten Gesetzesstellen anlegen wollten. Diese von den in Oesterreich erscheinenden Judicaten-Sammlungen beobachtete Methode scheint sich bewährt zu haben. Das der Sammlung, die nach einer Art systematischen Ordnung eingerichtet ist, beigegebene Inhaltsverzeichniß kann trotz der Verweisungen auf andere Entscheidungen nicht genügen; wem würde es z. B. einfallen eine Entscheidung über den Sühneversuch im Civilproceße (Nr. 117) in der Abtheilung „Deutschrechtliche Verhältnisse" zu suchen. Wir glaubten diesen Mangel nicht unerwähnt lassen zu sollen, da demselben nachträglich durch ein für mehrere Jahrgänge angelegtes Register abgeholfen werden kann.

Nicht unerwähnt können wir schließlich einen Vorzug lassen, durch den sich die vorliegende Sammlung vor den österreichischen Sammlungen auszeichnet. Die Herausgeber sind, wenn wir nicht irren, die beim Ober-Appellationsgerichte fungirenden Anwälte, welche in allen bei diesem Tribunale verhandelten Rechtssachen interveniren. Die Quelle, aus der sie schöpften, ist daher eine unmittelbare, und sie sind in der Lage eine vollständige Sammlung zu liefern; außerdem kann man ihnen das Zeugniß einer vollkommen objectiven Darstellung nicht versagen. Die österreichischen Sammler haben dagegen die von ihnen mitgetheilten Entscheidungen nur den verschiedenen Gerichtszeitungen entlehnt; die Bezugsquelle der juridischen Zeitschriften ist aber eine sehr mannigfaltige. Nicht selten kann man die Wahrnehmung machen, daß die Art der Mittheilung eines Rechtsfalles leicht erkennen lasse, ob sie von dem Vertreter der obsiegenden oder der unterliegenden Partei herrühre; eine Darstellungsweise, deren Objectivität nicht ganz außer Zweifel steht, ist aber gewiß für eine Judicaten-Sammlung von sehr geringem Werthe.

Da in Oesterreich kein Anwaltszwang in der Art wie in Hannover besteht, so könnte eine vollständige und vollkommen verläßliche Judicaten-Sammlung nur dann erzielt werden, wenn dieselbe vom obersten Gerichtshofe selbst periodisch herausgeben würde. Da der oberste Gerichtshof auf die Erfüllung seiner Aufgabe, oberster Wächter der Rechtseinheit zu sein, nur durch seine Entscheidungen hinzuwirken vermag; die beabsichtigte Wirkung aber doch nicht eintreten kann, wenn nur die in einem einzelnen Falle intervenirenden Richter, Advocaten und Parteien von der Entscheidung Kenntniß erhalten, das Bekanntwerden in weiteren Kreisen aber dem Zufalle überlassen bleibt — so muß man sich füglich wundern, daß man weder in früherer noch in späterer Zeit der Ansicht gewesen zu sein scheint, daß eine vollständige und verläßliche Judicaten-Sammlung für die gerichtliche Praxis nothwendig sei.

Wunderliche Einwendungen sind es, welche man dem Verlangen nach einer derartigen Judicaten-Sammlung entgegensetzen hört. Mit jenen kann man nicht ernstlich streiten, die um die Würde des obersten Gerichtshofes besorgt sind, falls er mit seiner Publication in das Gewühl der Buchhändlermesse herabsteigen sollte, — er würde da übrigens an mehreren höchsten Tribunalen gute Gesellschaft finden. Was soll man aber von jenen sagen, die für die Aufrechthaltung des §. 12 d. a. b. G. B. zittern, wonach die richterlichen Urtheile „nie die Wirkung eines Gesetzes" haben sollen? Woher die Furcht, daß die Richter, wenn man ihnen eine gute Sammlung in die Hand gibt, die Unterscheidung der Begriffe „Gesetz" und „Urtheil" vergessen sollten, während man doch durch das Bestehen der vorhandenen gleichartigen jedoch minder vollständigen und verläßlichen Sammlungen keineswegs beunruhigt scheint? Soll man wirklich die Freiheit und Selbstthätigkeit des Richters gefährdet ansehen, wenn man dem Richter des späteren Urtheiles die Mittel die Hand gibt, die bei dem früheren Urtheile maßgebend gewesenen Gründe in Erwägung zu ziehen? Ist es vielleicht gleichgültig und für die Sicherheit des Verkehrs förderlich, wenn das rechtssuchende Publicum widersprechenden Entscheidungen der Gerichte und selbst des obersten Gerichtshofes gegenüber steht und besorgen muß, daß die Gründe der früher für richtig erklärten Ansicht nicht erwogen, sondern übersehen wurden? Muß man nicht auf die Vermuthung gerathen, daß jene Bedenken und Einwendungen ein Ausfluß der Anschauung sind, welche vertrauend auf die bei Verbrennung der alexandrinischen Bibliothek geoffenbarte Weisheit dafür hält, daß der Gesetzestext die einzige literarische Ausrüstung des Richters bilden solle?

Wir glaubten in Fragen sprechen zu können, weil unsere Leser über die Antworten wohl nicht in Zweifel sein dürften. Dr. Ph. R. v. Harrasowsky.

Dr. Herman Pemsel: Die Fassung des Parteieides. Ein Beitrag zur Geschichte des Civilprocesses in Deutschland seit der Mitte des 16. Jahrhunderts. Erlangen 1866 (8°. 81 S.).

Unter den Controversen, welche sich an die Behandlung des Eides als Ergänzungsmittel des durch Handelsbücher herzustellenden Beweises knüpfen, hat der Verfasser die Frage: „ob der Eid über die Wahrheit der bestrittenen Thatsachen

oder über die Treue der Buchführung zu leisten sei?" zum Gegenstande einer rechtshistorischen Untersuchung erwählt. Der Haupttheil der Arbeit, welche die Frucht einer offenbar sehr sorgfältigen Forschung ist, enthält die Darstellung der verschiedenen in der Gesetzgebung und Literatur vertretenen Ansichten über den Bucheid. Dieselben werden in fünf Gruppen eingetheilt, zu deren Bezeichnung man die Titelüberschriften wählen könnte: 1. Erfüllungseid, 2. Amtseid, 3. einmahlige Beeidigung des ganzen Buches, 4. Eid über die Richtigkeit des ganzen Buches, 5. Eid über die Richtigkeit einer einzelnen Buchstelle. Nicht ohne Interesse wäre es gewesen, die Untersuchung auch auf die für die Beweiskraft der Handelsbücher aufgestellten Erfordernisse auszudehnen; die sich hierauf beziehenden Bestimmungen scheinen im innigen Zusammenhange mit den verschiedenen Gestaltungen des Bucheides, namentlich des Amtseides und seiner Abarten zu stehen.

Da der Verfasser bemüht war von österreichischen Rechtsquellen Kenntniß zu erlangen, so glauben wir seinem Wunsche zu entsprechen, wenn wir — hoffend auch das Interesse unserer Leser zu befriedigen — zu dem ihm bekannten Materiale Einiges nachtragen. Daß die Ausbeute aus älteren Rechtsquellen spärlich und daß namentlich in den Landes- und Gerichtsordnungen von Steyermark, Tyrol, Kärnthen, Krain keine Bestimmung über den Bucheid zu finden sei, wird man erklärlich finden, da in älterer Zeit dem richterlichen Ermessen ein unbeschränkter Einfluß auf Eidesauflagen eingeräumt gewesen zu sein scheint. Nach dem 59. Artikel der reformirten Gerichtsordnung für das Fürstenthum Steyr vom 30. März 1622 z. B. konnte das Gericht nicht bloß Erfüllungs-, sondern auch Haupteide von Amtswegen auftragen.

Die Entwürfe der Landtafel für Oberösterreich (vom J. 1618) und die Landesordnung von Niederösterreich (später als 1642 aber jedenfalls aus dem 17. Jahrhundert), welche zwar nie Gesetzeskraft erlangt haben, jedoch als im öffentlichen Auftrage verfaßte Compilationen des damals geltenden Rechtes benützt werden können, dürften die ältesten deutsch-österreichischen Rechtsquellen sein, welche sich mit dem Bucheide befassen. Die erstere, aus welcher dem Verfasser ein unvollständiger Auszug zugekommen zu sein scheint, gibt als Gegenstand des dem Handelsmanne aufzuerlegenden Eides Folgendes an: „das der wert eingeschriebner „maßen mit dem Keuffer endtlich geschloßen vnnd nit nach des Verkheuffers ge„fallen allain also eingeschriben, auch nachmahlen aufstendig vnnd unbezahlt seie" (38 Titel nach ainer im Justizministerium befindlichen Handschrift). Die letztere formulirt den Eid allgemeiner „das nemblich der Aufstand also beschaffen" (46. Titel, §. 1, nach einer im Justizministerium befindlichen Handschrift). Wir glauben hervorheben zu sollen, daß in der letzteren Stelle als Erforderniß für die Beweiskraft des Buches vorausgesetzt wird „der Handlsman, Appotecker oder Handt„wercher würdt ingemain für einen aufrichtigen redlichen man gehalten". Zu bemerken ist, daß in jener Zeit bei den Gerichten zu Wien über Auszüge aus den Handelsbüchern eine Art Mandatsverfahren eingeleitet wurde, indem man dem Geklagten die „Unklaghafthaltung" auftrug, ohne von ihm eine Beantwortung der Klage abzufordern; nach 14 Tagen konnte dann, wenn der Geklagte keine Einsprache erhob, die Execution eingeleitet werden. (Hofdecret vom 30. März 1680 für die Regierung [damals auch Gerichtsbehörde] und das landmarschallische Gericht

§. 2; Advocaten-Ordnung für den Wiener Stadt-Magistrat vom 12. September 1701 § 2; Advocaten-Ordnung für das Wiener Stadt- und Land-Gericht vom J. 1703 Nr. 20 Codex austriacus P. I. p. 26, 35, 43).

Wie verschieden die Gesichtspunkte waren, welche man bei dem Bucheide vor Augen hatte, geht aus einer Eidesformel hervor, welche in einem nach der Praxis der Regierung zu Wien zusammengestellten Juramentenbuche — erschienen 1677 — enthalten ist. Dieselbe lautet: „Ihr werdet in der zwischen euch und N. schwebenden Stritt-Sachen wegen außgenommener Waaren, welche laut eures Außzügels sich auf — Gulden — Kreutzer belauffen, in Supplementum zu Gott dem Allmächtigen einen Eyd schwören, daß euer Handels Buch darauß obbemeltes Außzügel gemacht, in allem just und richtig, auch die Waaren von N oder durch andere für ihne empfangen, und außgenommen, euch auch daran nichts bezahlt worden, ohne Gefährde" (Cod. aust. P. II. p 580).

Alle späteren gesetzlichen Anordnungen, welche bis zum Erscheinen der allgemeinen Gerichtsordnung über diesen Gegenstand erlassen wurden, nämlich das Hofdecret vom 19. Mai 1693 (Cod. aust. P. II. p. 454), die Falliten-Ordnung für Ober- und Niederösterreich vom 18. August 1734 1. Abth. Art. II. (Cod. aust. Suppl. P. II. p. 859) und die Falliten-Ordnung für das österreichische Küstenland vom 19. Jänner 1758 1. Th. Art. V. (Cod. aust. Suppl. P. III. p. 1216) — beschäftigen sich vornehmlich mit den Erfordernissen der Beweiskraft der Handelsbücher voranstellend die Forderung, daß der Handelsmann bonae famae et probatae vitae sei. Von einer Formulirung des abzulegenden Eides wird gänzlich abgesehen und nur der Erfüllungseid, welchem die erstgenannte Verordnung vom J. 1693 noch den Calumnieneid an die Seite stellt, gefordert. Die später erschienenen Gerichtsordnungen, und zwar die allgemeine Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781 §§. 119—121, die westgalizische Gerichtsordnung vom 19. December 1796 §§. 188—191, und die für die südöstlichen Kronländer erlassene provisorische Civil-Proceßordnung vom 16. September 1852 §. 126 beschränken sich darauf, bei Normirung des Urkundenbeweises auszusprechen, daß die Handelsbücher, deren Erfordernisse in einer mit der älteren Gesetzgebung übereinstimmenden Weise geregelt werden, einen halben Beweis liefern; die Ergänzung des halben Beweises erfolgt aber nach den in den Hauptstücken über den Eid enthaltenen Bestimmungen durch den Erfüllungseid.

An die rechtshistorische Erörterung knüpft der Verfasser eine Schilderung der bei Ausarbeitung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches über Art. 34 gepflogenen Berathungen; den Schluß bildet eine dogmatische Erörterung, welche zu dem Resultate führt, es sei kein Grund vorhanden, den Bucheid nach andern Gesichtspunkten als den allgemeinen Erfüllungseid zu regeln. Diesem Standpunkt entspricht auch der von der Bundescommission ausgearbeitete Entwurf einer allgemeinen Civilproceßordnung der deutschen Bundesstaaten; nach §. 371 hängt es ganz vom richterlichen Ermessen ab, ob die Beweiskraft eines Handelsbuches, mag dieselbe durch andere Beweismittel unterstützt sein oder nicht, einer Verstärkung durch den Eid der Partei bedarf oder nicht. Wird ein Eid für nothwendig erkannt, so kann derselbe nach §. 437 von Amtswegen auferlegt werden; der Eid wird nach der im §. 414 für alle assertorischen Eide aufgestellten Formel abzulegen sein.

Von den Erleichterungen, welche der Verfasser im Interesse des kaufmännischen Verkehres wünscht, dürfte er im Bundesentwurfe der Civilproceßordnung nur eine größere Freiheit bei Formulirung des Eides in dem Falle vermissen, wenn eine solche eigene Handlung des Schwurpflichtigen in Frage steht, deren Erinnerung theils wegen der Länge der Zeit, theils wegen der Fülle der dazwischen liegenden Eindrücke, theils wegen des Mangels hervorragender Unterscheidungsmerkmahle leicht getrübt worden sein konnte. Die übrigen Forderungen, selbst die einer Zulassung der Stellvertretung beim Eide, dürften durch das vom Bundesentwurfe angenommene Princip der freien Beweiswürdigung überflüssig geworden sein. Dr. Ph. R. v. Harrasowsky.

Lehrbuch des Bergrechtes. Von Dr. Franz X. Schneider, k. k. Oberbergrath, Professor der Rechte u. s. w. Prag, H. Merčz 1867 (490 S. gr. 8.).

Dieses Werk ist die von den Freunden der bergrechtlichen Literatur sehnsüchtig erwartete zweite und — wie sein Titel hervorhebt — „auf Grund des allgem. Berggesetzes vom 23. Mai 1854 und mit Rücksicht auf das k. sächsische und das allgemeine Berggesetz für die preußischen Staaten umgearbeitete" Auflage des vortrefflichen Lehrbuches des Bergrechtes, welches 1848 erschienen, in österr. Fachblättern (offenbar nur wegen der, strengwissenschaftlichen Besprechungen ungünstigen Ereignisse jener Zeit) keine Erwähnung, wohl aber in der Jena'schen Literatur-Zeitung (Jhrgg. 1848 Nrn. 113—118) eine ehrenvolle Anerkennung gefunden hat. Die Vergleichung der beiden Auflagen zeigt uns zunächst eine wesentliche Verschiedenheit ihrer gesetzlichen Grundlage; — dort nämlich war es die umfangreiche, aus acht Jahrhunderten stammende ungeordnete Legislation einzelner Provinzen, Bezirke und Orte, hier ist es das schon erwähnte einheitliche Berggesetz für den ganzen Umfang der Monarchie. Des Autors Mühe und Thätigkeit war darum eine ganz andere, als sonst mit dem Veranstalten einer neuen Auflage verbunden zu sein pflegt. Die Methode der Darstellung jedoch, wie die systematische Eintheilung des Stoffes wurde beibehalten. Das heute geltende Bergrecht ist, wie es einem „Lehrbuche" geziemt, in einer wahrhaft wissenschaftlichen Weise klar und leichtfaßlich behandelt; überall wird das Gesetz genau citirt, aber nicht wie in den bisher erschienenen Handbüchern des Bergrechtes commentirt; die eingehende Besprechung gewisser Controversen, historische Notizen und der gelegentliche Hinweis auf die Berggesetze anderer Staaten erhöhen den Werth des Buches nicht weniger, als die ausführliche Mittheilung derjenigen älteren Bergrechtsnormen, welche, weil das neue Gesetz nicht zurükwirken soll, jezt und später noch zur Richtschnur dienen müssen. Dahin gehört z. B. die Lehre vom Rechte bei offenen Durchschlägen (§§. 277—293), vom sog. Erbstollen (§§. 294—327) u. m. a.

Die engen Gränzen einer literarischen „Anzeige" gestatten uns nicht, einzelne interessante Materien auch kritisch zu besprechen und unsere von des Verfassers Lehre abweichende Meinung darzulegen oder hier und da eingeschlichene Fehler, welche übrigens der Brauchbarkeit des Buches keinen Abbruch thun können, aufzuzeigen. Wir beschränken uns also auf eine gedrängte Angabe des Inhalts.

Die „Einleitung" (§§. I. bis LX.) — großentheils unverändert aus dem älteren Lehrbuche herübergenommen — enthält in 5 Abtheilungen ein zur Vorbereitung für das Studium des heutigen Bergrechtes unentbehrliches Materiale, nämlich: I. Begriff von Recht überhaupt, von Bergrecht insbesondere .... II. Geschichtlicher Ueberblick des Bergbaues und der Berggesetzgebung in Oesterreich, III. Quellen, IV. Hilfswissenschaften und V. Literatur des Bergrechtes.

Das Lehrbuch selbst zerfällt in 3 Theile. Der I. Theil (§§. 1—143) behandelt in 4 Abschnitten die Erwerbung von Bergwerksgut, bez. von Bergbauberechtigungen, nämlich: I. Oberster Grundsatz des Bergrechtes, Bergregalität ... II. Personen, III. Objecte und IV. Rechtsgrund und Art der Erwerbung. — Im II. Theile (§§. 144—334) werden die Wirkungen der Erwerbung, und zwar einerseits in Beziehung auf den Staat (die öffentlichen Rechte und Pflichten des Bergbau-Unternehmens) und andererseits im Verhältnisse zu Privatpersonen z. B. zum Grundbesitzer, zu den Arbeitern u. dgl. (die Privatrechte und -Pflichten des Bergbau-Unternehmens) gestellt. — Der III. Theil endlich (§§. 335—344) handelt von der Erlöschung der Bergbauberechtigungen durch Zurücklegung oder durch behördliche Entziehung.

Die erste Auflage hatte überdies einen „Anhang", welcher in 66 §§. „von der Civilgerichtsbarkeit der Berggerichte", und zwar sowohl von der Competenz als auch von dem Verfahren derselben handelte. Dieser Anhang ist jetzt weggeblieben, manche dürften ihn ungern vermissen, weil sich bekanntlich seit 1848 Vieles auch in Betreff der Montanjurisdiction geändert hat. Da jedoch die längst erwarteten Reformen der Gerichtsorganisation und des Civilprocesses überhaupt endlich zum Abschlusse kommen dürften, wollte wahrscheinlich der Verfasser sein Lehrbuch nicht mit der Darstellung von Gesetzen und Einrichtungen erweitern und vertheuern, welche so zu sagen nur von heute auf morgen ihr Dasein fristen.

Die äußere Ausstattung des Buches läßt nichts zu wünschen übrig.

A. Th. M.

Neuere Schriften über das Institut der öffentlichen Bücher in Oesterreich.

Die große Wichtigkeit des Instituts der öffentlichen Bücher für den Rechtsverkehr und die Anforderungen, welche die Neuzeit an die weitere Entwicklung und Ausbildung auch dieses Instituts stellt, müssen Werke, welche darauf bezügliche Fragen behandeln, von vorneherein der Aufmerksamkeit des juristischen Publikums empfehlen; und so wollen denn auch wir die beiden letzterschienenen Schriften österreichischer Juristen über diesen Gegenstand hier einer näheren Betrachtung unterziehen. Wir beginnen mit dem später erschienenen dieser Werke, den „Studien über Landtafelwesen" von Ludwig Freih. v. Haan (Wien 1866, bei Braumüller), da die Besprechung desselben den erfreulicheren Theil unserer Aufgabe bildet.

Warum der geehrte Herr Verfasser sein „Vorwort" geradezu als abschreckende Warnungstafel für das Lesepublikum hingestellt hat, ist nicht abzusehen; jedenfalls kann die Schrift mit Maria Stuart von sich sagen: ich bin besser als

mein — Vorwort. Die Schrift bietet eine historisch-dogmatische Uebersicht der Entwicklung der Formen und Prinzipien des Landtafel-Instituts in den verschiedenen Ländern Oesterreichs nach den jeweiligen Rechtsquellen, welche ebenso von der gründlichen und gewissenhaften Durchforschung dieser Quellen als von richtiger Erfassung des eben für die Entwicklung des Instituts Bedeutungsvollen zeugt. Wir erlangen daraus trotz der Partikularität der Rechtsquellen ein Bild einheitlicher, fortschreitender Rechtsentwicklung bezüglich dieses Instituts in den meisten jener Länder, welche schließlich durch das allgemeine bürgl. Gesetzbuch zu einem gemeinsamen Privatrechte gelangten, ein Bild, aus welchem zugleich die Zielpunkte weiterer Entwicklung und Vervollkommnung des Instituts klar und bestimmt hervortreten. Die Form der Darstellung, in welcher an 38 Seiten Text 206 Seiten Anmerkungen gereiht sind, die mitunter als kleine Abhandlungen erscheinen, ist vom Standpunkte der Uebersichtlichkeit des Stoffes und der Bequemlichkeit des Lesers zwar nicht ganz glücklich gewählt; doch hilft ein am Schlusse beigefügtes Sachregister diesem Uebelstande theilweise ab. Im übrigen läßt die Darstellung an Einfachheit, Klarheit und Präzision nichts zu wünschen übrig. Die Anmerkungen bieten theils nähere historische Daten über die Entwicklung des Instituts in den einzelnen Ländern, theils kritische Erörterungen der Prinzipien, theils Untersuchungen einzelner streitiger Rechtsfragen, und in den wichtigeren Punkten die Vergleichung mit fremden, namentlich den bedeutenderen deutschen Gesetzgebungen.

Was nun den historischen Entwicklungsgang des Landtafel-Instituts in Oesterreich betrifft, so findet man dasselbe in Ansehung der unmittelbar unter der Hoheit des Königs stehenden Güter schon zu Ende des 13. Jahrhunderts in Böhmen und Mähren. Dort erlangte dasselbe auch seine erste gesetzliche Regelung durch die majestas carolina, einen von Kaiser Karl IV. am 7. April 1348 für Böhmen erlassenen Kodex, dessen wichtigste Bestimmungen S. 2—5 mitgetheilt werden. Wenige Jahre später hat K. Karl IV. das Institut der Landtafel durch den Majestätsbrief vom 9. Febr. 1359 auch in Mähren geregelt. Bis zum 17. Jahrh. entwickelte sich hierauf das Landtafelwesen daselbst weiter ohne umfassendere gesetzliche Regelung „durch Erfahrung, Uebung, Präjudikate und einzelne Gesetze" (S. 6), wofür aus den Stadtrechten des 16. Jahrh. für Böhmen und Mähren in Anmerkung 9) ein interessanter Nachweis geliefert wird. K. Ferdinands II. erneuerte Landesordnung für Böhmen vom 10. Mai 1627 und die Deklaratorien und Novellen K. Ferdinands III. zur böhmischen Landesordnung vom 1. Febr. 1640 brachten wieder ausführliche Bestimmungen über das Landtafel-Institut, welche S. 7—11 mitgetheilt sind. Erst im folgenden Jahrhundert wurden von Land zu Land die Landtafeln geregelt oder neu errichtet und Landtafelpatente erlassen, mit denen in einigen Ländern auch noch Landtafel-Instruktionen und Grundbuchspatente Hand in Hand gingen. Die Reihe dieser Landtafelpatente, welche S. 13 u. 14 aufgezählt sind, beginnt mit dem für Steiermark vom 15. März 1730 und schließt mit dem für Böhmen und Mähren vom 22. April 1794. Dieselben werden in den folgenden Abschnitten (S. 16—31) einzeln näher in Betracht gezogen, der einheitliche, innere Fortschritt der Gesetzgebung darin nachgewiesen, und endlich gezeigt, wie die immer schärfer und konsequenter entwickelten materiell-rechtlichen Prinzipien des Instituts mit deren Aus-

dehnung auf alle dinglichen Rechte und mancher sonstigen Ergänzung in das bürgerl. Gesetzbuch für Westgalizien und von da in unser allgemeines bürgl. Gesetzbuch übergegangen sind.

Die Publizität der Landtafeln in dem Sinne, daß ihr Inhalt für Jedermann unbedingt zugänglich sei, war in Oesterreich immer und allenthalben anerkannt (Anm. 10). Aber auch das materiell-rechtliche Prinzip der Publizität, wornach die Eintragung in die Landtafel Dritten gegenüber den Bestand des Rechtes selbst zu einem unanfechtbaren macht, hat bereits in den Bestimmungen der böhm. Landesordnung über den Odpor (Widerspruch gegen landtäfliche Eintragungen Ausdruck gefunden. Nur war man darin zu weit gegangen, daß man eine Bestreitung der Eintragung nach 3 Jahren und 18 Wochen überhaupt nicht mehr, also selbst von Seite desjenigen nicht zuließ, wider welchen unmittelbar das Recht eingetragen war. Die Nothwendigkeit, an den Formalakt der Eintragung nach Umständen selbst eine Aenderung des materiellen Rechtsbestandes zu knüpfen, besteht offenbar nur dem redlichen Dritten gegenüber, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handelt, nicht aber für Diejenigen, die sich unmittelbar in dem eingetragenen Rechtsverhältnisse gegenüber stehen (Anm. 17, S. 66). Der Verfasser zeigt, wie die spätere Gesetzgebung sich dem richtigen Prinzipe zu nähern suchte; doch ist ihr dieß selbst gegenwärtig noch nicht vollständig gelungen, indem nunmehr die Zeit zur Anbringung der Bestreitungsklage wider eine Einverleibung eben so allgemein, wie sie noch im westgalizischen b. G. B. als eine Frist aufgestellt war, für eine Verjährungszeit erklärt ist (Hdk. v. 29. Aug. 1819). „Hiedurch wurde die zwar im gegenseitigen Verhältnisse der ursprünglichen Rechtssubjekte ungerechtfertigte Umstaltung der Verjährungszeit in eine bloße Frist zur Bestreitung einer Einverleibung beseitigt und somit die Dauer des Bestreitungsrechts mit jener des zu bestreitenden Rechts in richtige Uebereinstimmung gebracht; es wurde aber eben dadurch der bis dahin zur Bestreitung einer Einverleibung bestandenen Frist nunmehr eine Verjährungszeit auch dritten Erwerbern gegenüber substituirt, obgleich doch diesen etwaige Hemmungen oder Unterbrechungen der Verjährung aus dem öffentlichen Buche nicht erkennbar sind und obgleich ihnen nach dem früher Gesagten die Hilfe eines Formalakts zur Bewahrung vor unverschuldetem Schaden höchst nöthig wäre." (S. 70.) Weitere Ausführungen über das Prinzip der Publizität und dessen richtige Konsequenzen gibt der Verfasser noch in Anm. 19) (S. 72—76), und knüpft daran einen beachtenswerthen Vorschlag bezüglich exekutiver Versteigerungen. Da nämlich kraft jenes Prinzips auch nach abgehaltener Versteigerung, solange der bisherige Besitzer im öffentlichen Buche als Eigentümer erscheint, Einverleibungen und Vormerkungen gegen ihn zulässig bleiben, für deren notwendig beschränkte Wirksamkeit es an ausdrücklichen Gesetzen fehlt, so können daraus Nachtheile für den Ersteher und noch mehr für solche Gläubiger des Schuldners erwachsen, die etwa noch ein dingliches Recht zu erwerben glauben, während sie meist nur mehr einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Kaufpreise erlangen können. „Dem Prinzip der Publizität entsprechend schiene es demnach, daß die Zeit zur exekutiven Versteigerung aus dem öffentlichen Buche erkennbar gemacht würde, daß nach Vornahme derselben Ansprüche auf Befriedigung aus dem Kaufpreise und die Priorität für

diese Ansprüche nur im Wege ihrer bücherlichen Eintragung erworben werden könnten, und daß zugleich ein Stadium der Kaufpreistheilungs-Verhandlung mit der Wirkung bestimmt und erkennbar gemacht würde, daß alle bis zu demselben eingetragenen Rechte bei dieser Verhandlung zu berücksichtigen sind."

Mit dem Prinzip der Publizität im Zusammenhange steht auch das Institut der Pränotation, welches in dem Landtafelpatente für Oesterreich unter der Enns vom 24. Nov. 1758 zuerst zur gesetzlichen Normirung gelangte, wenn sich auch Spuren des Bedürfnisses darnach schon lange vordem zeigten (Anm. 42, S. 173 ff.). Der Verfasser zieht eine interessante Parallele zwischen dem Institute des Odpor und dem der Pränotation, und sagt hierüber (S. 167 ff.): „So wie die böhm. Landesordnung in dem Institute des Odpor den Gedanken ausdrückt, daß das Wesen des Rechts zwischen den ursprünglichen Rechtssubjekten durch das erfolgte Hinzutreten eines Formalakts, nämlich durch das bücherliche Eingetragensein eines Geschäfts nicht geändert werden solle, so drückt das n. ö. Landtafelpatent in dem Institute der Pränotation den gewissermaßen entgegengesetzten Gedanken aus, daß hinwieder auch durch den Abgang von Förmlichkeiten das Wesen des Rechts zwischen den ursprünglichen Rechtssubjekten nicht geändert oder gefährdet werden solle. Beiden Instituten ist der (auch im Wechselrechte vorkommende) höhere Gedanke gemeinsam, daß ein zunächst formaler Umstand nicht das Recht in seiner Wesenheit ändern solle und daß diesfällige Ausnamen nicht weiter reichen dürfen, als sie wegen des im allgemeinen und öffentlichen Interesse notwendigen Schutzes dritter Personen, d. i. wegen der Publizität der Bücher (beziehungsweise wegen der Sicherheit des Wechselverkehrs) unabweisbar sind. Die Anwendung dieses Gedankens auf den aus einem Rechtsverhältnisse Verpflichteten leitet auf den Odpor, die Anwendung desselben auf den eben daraus Berechtigten dagegen leitet auf die Pränotation. Bei beiden soll das Provisorium einer bücherlichen Vormerkung die Gefahr abwenden, welche dem Wesen des Rechts daraus droht, daß durch Hinzutreten dritter Personen sein Objekt verschwinden, geschmälert oder sonst verändert werden könnte. Bei beiden muß die Statthaftigkeit des Formalakts, d. i. der bücherlichen Eintragung zweifelhaft sein; insbesondere muß aber beim Odpor überdieß auch das Recht in seiner Wesenheit streitig sein, ein Umstand, welcher bei der Pränotation zwar ebenfalls bestehen kann, aber nicht gerade bestehen muß." Nachdem der Verfasser weiters aus diesem Grundgedanken des Instituts der Pränotation die allgemeinen Bedingungen ihrer Zulässigkeit entwickelt, tadelt er mit Recht die bei uns in die Praxis eingeschlichene zu weite Ausdehnung dieses Instituts, wornach „in jedem Falle, wo das Bestehen des Hauptrechts durch eine überhaupt glaubwürdige Urkunde dargethan ist, auch schon die Pränotation desselben zugelassen wird, ohne Rücksicht darauf, ob denn auch solche Bedingungen vorhanden seien, wegen welcher entweder das Gesetz selbst ein Recht auf Sicherstellung insbesondere einräumt, oder wegen welcher doch schon nach allgemeinen Grundsätzen das Hauptrecht als gefährdet angesehen werden kann und daher auch die Ertheilung einer einstweiligen Sicherstellung desselben zulässig erscheint." Er weist die Nachtheile dieser zu weiten Ausdehnung der Pränotation nach, und zeigt, daß insbesondere die Ausdehnung derselben auf Wechselforderungen im allgemeinen weit über das Ziel hinausschießt (S. 171, 172).

Ein weiterer Ausfluß des Prinzips der Publizität ist der zuerst im Tabular-Patente für Galizien vom 4. März 1780 zum Ausdruck gelangte Grundsatz, daß landtäfliche Eintragungen nur wider denjenigen zulässig sind, der selbst schon als Eigentümer eingetragen ist. Der Verfasser knüpft an die Formulirung dieses Grundsatzes im §. 432 unseres b. G. B., wornach derjenige, von dem das Eigentum auf einen Andern übergehen soll, selbst schon als Eigentümer einverleibt sein muß, die treffende Bemerkung (Anm. 45, S. 198), daß das vorgemerkte Eigentumsrecht im Falle seiner Rechtfertigung dem einverleibten völlig gleichsteht. „Die Vormerkung des Eigentumsrechts für einen neuen Erwerber schließt schon ihrem Begriffe zugleich die Vormerkung der Erlöschung des Eigentumsrechts des bis dahin einverleibten Eigentümers in sich, und es befindet sich von da an das bücherliche Recht des einen ganz so wie jenes des Andern in einem hypothetischen Zustande, welcher bis zur Austragung der Frage über die Rechtfertigung dauert. Natürlich ist es daher, daß auch in Beziehung auf Belastung die Rechte beider völlig gleich zu behandeln seien, und daß sowohl wider den einen als wider den andern Belastungen (seien sie selbst Einverleibungen oder Vormerkungen) statt finden können, deren weiteres Bestehen oder Nichtbestehen dann davon abhängt, ob das Eigentumsrecht desjenigen, wider den sie erwirkt wurden, schließlich als bestehend erkannt wird oder nicht." Dafür spricht auch die gleiche Praxis in Ansehung verbücherter Forderungen, und die Anerkennung des gleichen Prinzips im §. 822 a. b. G. B.

Endlich wurde die Publizität der Landtafeln noch gefördert und die Ersichtlichkeit des Rechtsbestands aus denselben erleichtert durch die gesetzliche Bestimmung der Zahl und Art der Landtafelbücher (Hauptbuch und Urkundenbuch), wie sie zuerst im Landtafelpatent für Breisgau vom 1. Aug. 1783 in Uebereinstimmung mit der bei den meisten Landtafeln bereits bestehenden Uebung erfolgte. Nur für Böhmen und Mähren wurde die Errichtung eines Hauptbuchs mit dem Beisatze, daß das dingliche Recht nur durch die Vorschreibung in demselben erworben werde, erst durch das Landtafelpatent vom 22. April 1794 angeordnet (Anm. 47, S. 203 ff.).

Das Legalitätsprinzip, vermöge dessen die öffentlichen Bücher unter der besondern Aufsicht der Gerichte stehen und Eintragungen in dieselben nur in Folge einer gerichtlichen Bewilligung zulässig sind, war gleichfalls schon in ältester Zeit anerkannt, und wurde später durch die Gesetzgebung immer mehr entwickelt (Anm. 11, S. 49 ff.). Der Verfasser erklärt sich für dasselbe auch aus innern Gründen mit Rücksicht auf den Zweck selbst, zu welchem öffentliche Bücher bestehen. „Dieser Zweck ist Sicherung der Rechte an unbeweglichem Gute, damit einerseits dritte Personen, welche im Vertrauen auf die Giltigkeit einer Eintragung und rücksichtlich auf die Wirksamkeit der darin bekundeten Rechtsverhältnisse ihrerseits Rechtsgeschäfte unternehmen, vor Schaden bewahrt werden, und damit anderseits die eingetragenen Rechte geschützt seien und ihnen für den Fall ihrer Bestreitung zum mindesten die Vortheile des Besitzes eingeräumt werden können. Die Wichtigkeit der Rechtsfolgen, welche sich für den allgemeinen Rechtszustand daraus, daß einem Rechte sofort nach seiner bücherlichen Eintragung gewisse Vortheile zugestanden werden, ganz besonders aber aus dem Schutze dritter Personen ergeben, erheischt, daß der Eintritt

solcher Rechtsfolgen nicht leichthin, sondern nur dann zugelassen werde, wenn beruhigende Bürgschaften dafür bestehen, daß durch den seiner Natur nach rein formellen Akt der Einschreibung in ein Protokoll nicht anderweitige, wohlerworbene Rechte gefährdet werden..... Das Vorhandensein dieser Bürgschaften muß, ehe es als bestehend angenommen werden kann, geprüft werden; diese Prüfung betrifft aber Umstände, bei denen es wesentlich auf Rechtssätze, Rechtshandlungen und Rechtsformen ankommt, sie kann daher im Staate füglich nur den mit solchen Gegenständen vertrauten Gerichten übertragen werden. Allerdings wird diese Prüfung, da sie nicht gegen einen bestimmten und im voraus gehörten contradictor erfolgt, in ihrem Ergebnisse immer darauf beschränkt bleiben, ob in einer der vorerwähnten Beziehungen Bedenken erkennbar seien, und wird daher durch dieselbe nie absolute Gewißheit erreicht und nie die Bestreitung der Wirksamkeit einer Eintragung ganz ausgeschlossen werden können; allein ziemlich nahe liegt es, daß mit dem Hinwegfallen solcher Prüfungen derlei Bestreitungsfälle zum großen Nachteile der Rechtssicherheit sich ungemein vermehren würden." (S. 54, 55.)

Dieses Legalitätsprinzip, welches nur die Wahrscheinlichkeit, nicht die Gewißheit des rechtlichen Zustands zu gewähren vermag, hat in anderer Richtung, in Bezug auf das Institut der Verlassenschaftsabhandlung, bei uns bereits scharfe und begründete Anfechtung erfahren (Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich, Wien 1862, S. 114 ff.). Daraus folgt allerdings noch nicht, daß es in seiner Anwendung auf das Institut der öffentlichen Bücher den gleichen Bedenken unterliege; dennoch wollen wir auf das gewichtige Votum hinweisen, welches die Kommission der Jurist. Gesellschaft zu Berlin in ihrem Berichte über den Entwurf eines Gesetzes über das Hypothekenwesen und einer Hypothekenordnung für Preußen vom Jahre 1864 gegen die Beibehaltung jenes Prinzips auch in dieser Richtung abgegeben hat. Der Bericht (abgedruckt in der „Deutschen Gerichtszeitung" 1865, Nr. 13, 15 u. 17) sagt hierüber:

„Ihre Kommission bekennt sich zu der Ansicht, daß das Legalitätsprinzip zu beseitigen sei; aber sie will das Prinzip vollständig und überall, namentlich auf dem ganzen Gebiete der Prozeßordnung abgeschafft wissen. Sie mag keine Halbheiten und kann nicht billigen, wenn der Entwurf das Legalitätsprinzip grundsätzlich aufhebt, aber sofort durch eine so bedenkliche Hintertür wie §. 22 (wornach das Hypothekenamt doch in gewissen Fällen seine amtliche Mitwirkung abzulehnen oder Aufklärungen zu fordern hätte) wieder einführt. Der Grundsatz: der Richter bekümmert sich auf keinem Rechtsgebiete um das Legalitätsprinzip; er trägt in's Hypothekenbuch ein, was das Publikum will, er leitet jede Klage ein, mag sie ihm begründet erscheinen oder nicht — ist dem Publikum verständlich. Dasselbe wird sich gewöhnen, in allen Rechtsangelegenheiten daran zu denken, daß es nicht mehr bevormundet wird. Der Vorteil, welchen diese Selbständigmachung mit sich bringen muß, würde in unsern Augen alle Nachteile aufwiegen, welche eine Aufhebung der staatlichen Bevormundung im Gefolge haben mag."...

„Sollen wir uns daher entschließen, am Legalitätsprinzip zu rütteln, die bisherige Sicherheit aufzugeben, so können wir nicht auf halbem Wege stehen bleiben. Wir müssen dann gänzliche Beseitigung des Prinzips verlangen, weil nur eine solche in der Aufhebung der richterlichen Bevormundung eine annehmbare Ent-

schädigung für die verloren gehende Sicherheit bietet." . . „Wie wenig praktische Bedenken die Aufhebung des Legalitätsprinzips hat, darüber wird man sich am leichtesten klar werden, wenn man erwägt, daß die richterlichen Prüfungen durchschnittlich gar keine Garantien bieten. Welchen Wert hat z. B. die Konstatirung der Dispositionsfähigkeit der Erklärenden durch den Richter? Und welche Mittel stehen dem Richter für diese Konstatirung überhaupt zu Gebote? Er kann freilich die Erklärenden fragen, ob sie verfügungsfähig sind, und wenn er sehr gewissenhaft ist, ob sie großjährig sind, ob ihr Vater noch am Leben ist; aber es wird ihm bedenklich sein zu fragen, ob die Erklärenden für Verschwender oder für blödsinnig oder für wahnsinnig erklärt sind; und wenn er dies alles wirklich gethan und keine Antworten erhalten hat, welche die Dispositionsfähigkeit in Frage stellen, so wird er immer weiter zu prüfen haben, ob nicht etwa der Erklärende, obwohl er bisher nicht für blödsinnig oder wahnsinnig *erklärt* worden, es dennoch in der That *ist*. Was hat er zu thun, um festzustellen, daß dem nicht so *sei*? Und wenn es sich herausstellt, daß der Richter einen Nichtverfügungsfähigen als verfügungsfähig bezeichnet hat, und daß dadurch Jemand geschädigt ist, hat dann der Richter zu beweisen, daß und wie er seine Prüfungspflicht erfüllt hat? oder hat der Geschädigte darzuthun, was der Richter bei der Prüfungspflicht verabsäumt hat?" . . . „Erfolgt die Aufhebung (des Legalitätsprinzips), so wird es keine Bedenken haben, die Hypothekenbuchführung *nichtrichterlichen* Beamten, vielleicht dem Orts- und Kreisverbande, wohin sie naturgemäß gehört, zu übertragen und dadurch dem Mißstande vorzubeugen, daß der kleine Mann anstatt wie jetzt zum Einzelrichter künftig nach dem Amtssitze des Hypothekenamtmanns gehen müßte." . . . „Nur wiederholen wir, daß die von uns vorgeschlagenen Neuerungen bis zur Einführung neuer materieller Rechtsgrundsätze auf dem *gesammten* Rechtsgebiete, sowie einer neuen allgemeinen Prozeßordnung und damit verbundenen neuen Gerichtsorganisation ausgesetzt werden müßten. Bis zur *vollständigen* Aufhebung des Legalitätsprinzips wollen wir auch — weil bis dahin die Hypothekenbehörde materielle Rechtsfragen zu entscheiden hat — die Hypothekenbücher von richterlichen Beamten, wo möglich von Richterkollegien geführt sehen."

Die Bedenken, welche dieser Bericht sowohl gegen die Halbheiten, als gegen eine *bruchstückweise* Aenderung in den Prinzipien der Gesetzgebung übereinstimmend mit einem im Jahre 1844 abgegebenen Gutachten des französ. Kassazionshofs ausspricht, sind gewiß höchst beherzigenswert.

Das Prinzip der *Spezialität* der Hypotheken, obgleich im deutschen Rechte, welches kein anderes als ein Spezialpfand kannte, von jeher geltend, vermochte sich im Landtafel-Institute gegenüber dem eingedrungenen römischen Hypothekarrechtssisteme nur allmälig wieder Geltung zu erringen (Anm. 25, S. 113 ff.). Die Aufhebung von mannichfaltigen und zahlreichen gesetzlichen und stillschweigenden Hypotheken, dann General- und Spezial-Vorzugsrechten war einer der bedeutendsten Schritte zur Vervollkommnung des Landtafelwesens. Dadurch wurde das Prinzip der Publizität weit vollkommener als bisher durchgeführt und wurde ferner das kaum minder wichtige Prinzip der Spezialität der Hypotheken eingeführt. Den *Erwerbern* unbeweglicher Güter wurde schon durch das *Schermungsedikt für Niederösterreich* vom 17. Aug. 1635 die Möglichkeit gewährt, sich gegen

alle binnen 3 Jahren und 18 Wochen nicht angemeldeten Ansprüche in Ansehung des Gutes (mit Ausname einiger noch privilegirter Forderungen) zu schützen. Den Hypothekargläubigern jedoch wurde ein solcher Schutz gegen etwa bestehende bevorzugte Ansprüche Dritter an dem Gute erst durch die Pragmatik für Mähren vom 10. Febr. 1708 und die Resolution vom 22. Jänner 1709 gewährt, welche die Spezialisirung der vertragsmäßigen General-Hypotheken bei deren Eintragung in die Landtafel anordnete; noch wirksamer geschah dieß durch das Hofreskript vom 24. April 1713, welches in Erwägung des Schermungsedikts die Vormerkung aller auf einem unbeweglichen Gute haftenden gesetzlichen und stillschweigenden Hypotheken innerhalb der bestimmten Frist anordnete, widrigenfalls solche nicht als Real-, sondern nur als Personalansprüche gelten sollen, — und endlich durch das Landtafelpatent für Steiermark vom 15. März 1730, welches die gesetzlichen Vorzugsrechte (credita privilegiata) bis auf wenige gänzlich aufhob. Dieses Patent markirt überhaupt einen erheblichen Fortschritt unserer Gesetzgebung über das Landtafelwesen, und der Verfasser sagt von demselben (S. 19): „es hat die wesentlichen Bedingungen der Entstehung und Fortbildung der bücherlichen Hypothek festgestellt, und den Begriff der bücherlichen Hypothek von jenem eines Vorzugsrechts (der Hypothek des gemeinen Rechts) klar gesondert".

Die Entwicklung der formalen Seite des Tabularinstituts, für welche insbesondere die Landtafelpatente für Nieder-Oesterreich, Galizien, Breisgau und das Innviertel von Wichtigkeit waren, die Erhöhung der Publizität durch die Zulassung und Vorschrift verschiedener Anmerkungen in den öffentlichen Büchern u. s. f. können wir hier nicht weiter verfolgen. Das Angeführte wird genügen, um die Art der Untersuchung und Darstellung des Herrn Verfassers, sowie das Interesse erkennen zu lassen, welches sie bietet. Eine sehr gelungene summarische Uebersicht der Rechtsentwicklung in Oesterreich bezüglich dieses Instituts gibt der Verfasser selbst zum Schlusse unter Nr. X (S. 35—38). Er knüpft daran noch die Aufstellung der Zielpunkte für die nächste Weiterbildung des Instituts, und bezeichnet als solche: „Eindämmung des Ueberwucherns der Pränotation, zeitweilige Fixirung der Grundlagen für ein Geschäft, Entwicklung der eigentümlichen Rechtsmittel, Evidenz der einzelnen Tabularobjekte und ihrer Veränderungen, der Simultanhypotheken, der Anteilsbelastungen u. s. w." Wir zweifeln fast, daß unter diesem „u. s. w." auch jene Anforderungen begriffen sein sollen, welche das moderne Leben an die Hypothekargesetzgebung vom Standpunkte der Selbständigkeit der Realobligation und der Erleichterung des Verkehrs mit Hypothekarforderungen, der freilich etwas übeldeutigen Mobilisirung des Grundeigentums stellt, und welche in dem bereits erwähnten preuß. Entwurfe eines Hypothekengesetzes und noch mehr in dem vorhin citirten Berichte darüber Berücksichtigung gefunden haben. Das Prinzip der selbständigen Realobligation ist auch unserer Gesetzgebung nicht fremd; es hat in den Schlußsätzen des §. 469 a. b. G. B. unzweifelhaft Anerkennung gefunden, und die Praxis, welche die Cession getilgter, aber aus dem öffentlichen Buche noch nicht gelöschter Forderungen an den Hypothekarschuldner zuläßt, neigt sich offenbar zu einer erweiterten Anwendung dieses Prinzips (S. Entscheidung des Obersten

Gerichtshofes vom 24. Febr. 1863, Z. 942 in Nr. 63 der A. Oesterr. Gerichtsztg. vom J. 1863 und Stubenrauch's Kommentar, 2. Aufl. S. 658, 659). Unter diesen Umständen dürfte es uns nicht so ferne liegen, die Fortbildung der Hypothekargesetzgebung auch in dieser Richtung in's Auge zu fassen, und wir erlauben uns daher, hier zum Schlusse noch die betreffenden Bemerkungen und Anträge des vorcitirten Berichts beizufügen.

Die Kommission erklärt sich einverstanden mit den Bestimmungen des Entwurfs, wornach der Grundstücksbesitzer berechtigt sein soll, eine bezahlte Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen, ja von vorneherein die Ausstellung der Obligation auf seinen Namen zu bewirken*). Sie verwirft aber die beigefügte Beschränkung, daß der Besitzer oder dessen persönliche Gläubiger aus solchen Hypotheken des Besitzers keine Rechte gegen die übrigen Realgläubiger sollen herleiten dürfen, als überflüssig, weil sie leicht durch Cessionen umgangen werden kann, und durch keinerlei Billigkeitsrücksichten geboten, weil kein Gläubiger Anspruch auf eine bessere Stelle im Hypothekenbuche hat, als ihm ursprünglich zugesichert ist.

Die Majorität der Kommission verlangt aber noch weiter, „daß es in das Belieben des Grundstückbesitzers gestellt wird, 1. Hypotheken zahlbar an den bestimmten (?) Inhaber, förmliche lettres au porteur auszustellen, und 2. daß Cessionen in blanco gestattet werden. Es würde dies zur Folge haben, daß der thatsächliche Inhaber der Hypothekendokumente auch als Forderungseigentümer angesehen werden müßte." Sie rechtfertigt dieß Begehren folgendermaßen: „Der Verfasser des Entwurfs warnt vor einer solchen Neuerung. Er hält entgegen die Gefahr der leichtsinnigen Verausgabung, des Verlierens, des Betrugs, des Diebstahls, die Schwierigkeit der Zinszahlung und der Kündigung.

---

*) Noch schärfer faßt Herr Assessor Quenstedt in einem Vortrage in der Juristl. Gesellschaft zu Berlin über die Frage, ob das moderne Pfandrecht ein selbständiges oder accessorisches Recht sei, die Selbständigkeit der Realobligation auf (Deutsche Gerichtsztg., 1866, Nr. 17). Er tadelt an obigem Berichte, daß auch dieser sich ohne das Vorhandensein oder wenigstens die Fiktion einer zu realisirenden Forderung eine „Realobligation" oder einfacher eine Hypothek nicht zu denken vermöge. Gerade aber die Möglichkeit der Geltendmachung der Hypothek, ohne daß man zugleich in die Notwendigkeit versetzt sei, eine (durch die Hypothek eben zu realisirende) Forderung als etwas Giltiges nachzuweisen, gerade die Möglichkeit, die Rechtsgiltigkeit der Forderung als etwas Unwesentliches, die Existenz der Hypothek nicht weiter Berührendes behandeln zu können, gerade dies erkläre man, und mit Recht, für eine dringende, ja unabweisbare Forderung des modernen Verkehrs. Dem dritten Hypothekenbesitzer sind die mancherlei Umstände, welche die Ungiltigkeit der seiner Hypothek zu Grund liegenden Forderung zur Folge haben können, meist unbekannt und unerkennbar; solche Möglichkeiten aber sind ein störendes Hinderniß des Hypothekenverkehrs, der vielleicht den größten Theil des vorhandenen Vermögens umfaßt. Die demnach erforderliche Selbständigkeit der Realobligation müsse nun schon in der Definition des Pfandrechts zur Anerkennung gelangen, und dies sei daher aufzufassen als das Recht, „ein fremdes Vermögensrecht zu verkaufen und von dem Kaufpreise einen bestimmten Betrag zu behalten" (nicht blos den Betrag einer Forderung, wie bisher definirt wurde).

Er hebt hervor, daß es dem Grundstückbesitzer nicht gleichgiltig sein könne, in wessen Händen sich seine Schuldverschreibung befinde, und daß es bei öffentlichen Angelegenheiten z. B. Ablösungen und Parzellirungen mißlich sei, mit unbekannten Personen zu verkehren. Nach den praktischen Erfahrungen, welche man gemacht hat, erscheinen diese Vorwürfe ungerechtfertigt, und gerade in Frankreich, wo die cédules hypothécaires so viel Unheil angerichtet haben sollen, verlangt man allgemein Hypotheken, welche mit der Sicherheit eines Spezialpfands durch leichte Uebertragbarkeit alle Vorteile der Staatsrente gewähren. Gegen Betrügereien und Diebstähle, denen auch alle Besitzer von Staatspapieren ausgesetzt sind, kann sich der Aengstliche durch Außer- und In-Kourssetzungen schützen, deren Kostspieligkeit und Umständlichkeit ja so wie so — darüber ist man überall einig — beseitigt werden muß. Die Schwierigkeit bei Zinszahlungen und Kündigungen und bei dem Verkehre in öffentlichen Angelegenheiten ist auch jetzt überall dann vorhanden, wenn der Forderungsinhaber seine Forderung an einen Dritten weiter begibt, ohne die Cession im Hypothekenbuche vormerken zu lassen. Wenn der Verfasser des Entwurfs von der Möglichkeit leichtsinniger Verausgabung spricht, so machen wir darauf aufmerksam, daß eine solche auch jetzt schon vorhanden ist. Tagtäglich werden zu diesem Zwecke Hypotheken auf Ehefrauen der Schuldner und Kommissionäre ausgestellt, und dann an dritte, dem Schuldner bisher nicht bekannte Personen begeben. Selbst die besten Gesetze können den Leichtsinnigen nicht verhindern, sich zu ruiniren." ... „Die Blankogiro's der Hypotheken in Mecklenburg haben sich durchaus bewährt. Die Hamburger legen bedeutende Summen zu niedrigem Zinsfuß in mecklenburger Hypotheken, dagegen nichts in preußischen Hypotheken an, weil sie leicht übertragbares Papier haben wollen. Wir glauben die mecklenburger Regierung gegen den Vorwurf verwahren zu können, durch Gestatten solcher Blankogiro's der Zeitströmung, welche den Grundbesitz mobilisiren will, nachgegeben zu haben. Diese Blankogiro's sind eine alte bewährte Einrichtung und fördern den Verkehr." ... „In mehreren Kantonen der Schweiz werden Hypothekendokumente seit langer Zeit auf den Inhaber ausgestellt, und haben sich so bewährt, daß sie dort innerhalb des Kantons alle größeren Zahlungen vermitteln und mit hohem Aufgeld bezahlt werden. Kündigungen werden bei der Zinsenzahlung auf den Dokumenten vermerkt, und kennt man dort überhaupt keine einzige von denjenigen Unzuträglichkeiten, welche der Verfasser des Entwurfs befürchtet. Wenn die Motive des Entwurfs die Besorgniß aussprechen, daß solche lettres au porteur, wenn sie kündbar seien, in Unglückszeiten den Grundeigentümer ruiniren, weil der Inhaber des Briefs kein Interesse für den Grundstückbesitzer habe, so ist darauf zu erwidern, daß schon jetzt sehr viele Hypotheken in nicht festen Händen sind, vielmehr einen Handelsartikel bilden, und daß deren Inhaber den Schuldner in Unglückszeiten schwerlich schonen werden. Wir wollen auch keinen Grundbesitzer zwingen, Hypotheken auf den Inhaber auszustellen; wir wollen ihm nur die Befugniß dazu einräumen, wenn er glaubt, die Kosten der Ausstellung von Schuldverschreibungen auf fingirte Gläubiger und häufiger Cessionen sparen zu können, und wenn er meint, auf dem gedachten Wege schneller Geld zu erhalten. Und wenn man von einer Mobilisirung des Grundeigentums durch solche lettres au porteur — ein Ausdruck, für den wir kein

Verständniß haben — redet, so weisen wir auf die Hypothekenbanken hin, welche Hypotheken erwerben und Anteilszertifikate lautend auf den Inhaber ausgeben, und somit diese s. g. Mobilisirung längst vollzogen haben."

Die zweite Schrift, deren wir Eingangs gedachten, ist die „Systematische Darstellung der Rechtswirkungen der Einträge in die öffentlichen Bücher nach den Grundsätzen des österreichischen a. b. G. B.'s" von Max Füger v. Rechtborn, Wien 1865 bei R. Lechner, 257 S. gr. 8°. Sie bildet jedenfalls nur eine quantitative Bereicherung unserer juristischen Literatur, in welcher übrigens der geehrte Herr Verfasser ohnedies fast schon zu viel geleistet hat. Selbst den bescheidenen Zweck, welchen die Vorrede ausspricht, „den angehenden Juristen das Studium einer der wichtigsten Materien des a. b. G. B.'s zu erleichtern", (so wie auch S. 50 besonders auf das Bedürfniß der „angehenden Justizbeamten" hingewiesen wird), wird diese Schrift bei der darin herrschenden Unklarheit der juristischen Grundbegriffe, bei der theils flachen, theils geradezu verzerrten exegetischen Argumentation und bei der ermüdenden Breite der Darstellung kaum erreichen. Wir werden daher hier auch nur soweit darauf eingehen, als zur Rechtfertigung dieses Ausspruches erforderlich erscheint.

Ein wahres Kuriosum der Art, Gesetze zu citiren, ist uns zunächst im §. 11, S. 14 aufgestoßen. Dort soll zur Rechtfertigung der Ansicht, daß die Eintragung des redlichen Erwerbers in das öffentliche Buch sofort dessen Eigentum begründe, wenn auch der intabulirte Vormann desselben nicht Eigentümer war, auf die früheren gesetzlichen Bestimmungen über das Widerspruchsrecht gegen die Eintragung binnen 3 Jahren und 18 Wochen hingewiesen werden. Es heißt nun wörtlich: „Das G. P. räumt im VIII. Absatze dem Schuldner ... dieses Recht ein;" und weiter: „Ebenso verfügt der §. 32 des B. P." Es muß nun doch eine wahre Preisaufgabe für angehende Juristen sein, diese Lapidar-Citate, welche weder in einem Abkürzungsregister noch im Zusammenhange des Vorausgegangenen und Nachfolgenden eine Erklärung finden, zu enträthseln. Wir selbst empfanden eine Art Befriedigung (der einzige Genuß, den uns diese Lektüre gewährte), als wir glaubten den Schlüssel zu diesen Chiffern gefunden zu haben G. P. soll nämlich wohl heißen „Galizisches Patent" und B. P. „Böhmisches Patent"; und das „Galiz. Pat." soll wieder sein das „Tabularpatent für Galizien vom 4. März 1780", so wie das „Böhm. Pat." das „Landtafelpatent für Böhmen und Mähren vom 22. April 1794". Man wird nicht umhin können, der angeführten Citation den Vorwurf zu großer Kürze zu machen, ein Vorwurf, zu dem die Schrift sonst nirgends einen Anlaß bietet.

Was die Verworrenheit der juristischen Grundbegriffe betrifft, so werden einige Proben davon genügen. So spricht der Herr Verfasser im §. 12 (S. 17—19) immer vom späteren Verluste des Rechtstitels, und stützt darauf das Argument, daß, wer seinen Rechtstitel in der Folge verlor, offenbar kein besseres Recht habe, als wer gleich anfänglich keinen hatte. Gemeint ist der Fall, daß der Eigentümer der Sache dieselbe in der Folge ohne Uebergabe (Eintragung) veräußerte, und sie dann nochmals an einen Zweiten veräußert, der die Uebergabe

(Eintragung) bewirkt. Die erste Veräußerung wird nun als Aufgeben des Titels, welchen der Eigentümer selbst hatte, als Verlust desselben aufgefaßt! Das Mißverständniß desselben Begriffs zeigt sich auch in §. 39 (S. 71—73), wo der Herr Verfasser gegen Pratobevera die Ersitzung blos als Titel des Eigentumserwerbs gelten lassen will, und die folgenden geradezu ergötzlichen Sätze aufstellt: „Dies ist doch unzweifelhaft, daß Derjenige, welcher ein Haus gekauft und in den physischen Besitz eingeführt wurde, Demjenigen, der das Haus ersessen hat, zum mindesten gleichzustellen ist." (!) Dann: „Die Ersitzung zählt im Entgegenhalte zu den Rechtstiteln, welche schon nach dem Naturrechte bestehen, als ein subsidiarischer erst von den bürgerlichen Gesetzen eingeführter Rechtstitel schon deshalb zu den schwächeren." (!)

Daß der Herr Verfasser über das Wesen des dinglichen und des persönlichen Sachenrechts nicht im Reinen ist, zeigt die ganze weitläufige Erörterung des 3. Abschnitts über den Einfluß der Redlichkeit des Erwerbers auf die Rechtswirkungen der Einverleibung, wo die ganze breite Controverse über den §. 440 b. G. B. wieder vorgeführt und der irrigen Ansicht Prof. Mich. Schuster's wieder beigepflichtet wird, während sich die richtige Lösung der Frage aus jenen Grundbegriffen von selbst ergibt. Ebenso geht der Herr Verfasser von einer schiefen Auffassung des Einflusses der Ingrossation auf die persönlichen Sachenrechte aus, indem er auf den Wortlaut des §. 1095 b. G. B. gestützt annimmt, daß sie dadurch wirklich zu dinglichen Rechten werden, während sie dadurch doch nur (ohne Aenderung ihrer rechtlichen Natur) absolute Wirksamkeit auch Dritten gegenüber erlangen. Dieß gibt zur unrichtigen Ausdehnung des §. 440 auch auf Fälle der verbücherten Verpachtung Anlaß (§§. 26, 27, ebenso §§. 46, 47).

Wie wird endlich der Begriff des Verschuldens mißbraucht! Ein Verschulden ist es dem Verfasser, wenn der thatsächlich frühere Erwerber eines Rechts erst gleichzeitig mit einem späteren Erwerber um die Einverleibung einschreitet (§. 20, S. 35); — ein Verschulden, wenn der frühere Petent gegen die frühere Eintragung des zweiten Erwerbers nicht sogleich Einsprache erhob und dieselbe anmerken ließ (§. 23, S. 40); — ein Verschulden, wenn der Schuldner die Löschung der Hypothek nach gezahlter Schuld nicht sogleich bewirkt, was aber anderseits auch „der Anerkennung der Schuld" gegenüber einem etwaigen Cessionar gleichgestellt wird (§. 51, S. 106). Und damit man nicht etwa glaube, daß der Herr Verfasser hier den Ausdruck „Verschulden" blos im trivialen Sinne nehme, so wird dasselbe gerade im letzten Falle (§. 52, S. 110) sogar als eine „auffallende Sorglosigkeit" erklärt und daraus die Pflicht zur Leistung der „vollen Genugthuung" abgeleitet, also jedenfalls ein Verschulden im technischen Sinne angenommen!

Selbst richtige Behauptungen müssen wertlos erscheinen, wenn sie auf ein Raisonnement mit solchen Begriffen gebaut sind. Aber auch die exegetische Argumentation des Herrn Verfassers ist oft nicht minder unglücklich. So wird §. 18, S. 34 die Behauptung, daß bei gleichzeitig eingebrachten Intabulirungsgesuchen bezüglich zweier Forderungen die Hypothek sich nach Verhältniß der Forderungen vertheile, auf die Analogie des §. 839 a. b. G. B. gestützt; „denn

durch die gleichzeitige Ueberreichung der Gesuche entsteht eine Gemeinschaft der Hypotheken; bei einer dergleichen Gemeinschaft sind die Nutzungen nach Verhältniß der Anteile auszumessen; als solche Anteile sind wohl die einzelnen hypothezirten Forderungen anzusehen." — Die Behauptung, daß die Ausname des §. 440 auch dann Geltung habe, wenn nicht das Eigentumsrecht, sondern das Pfand-, Servituts-, Pachtrecht zwei oder mehrern verschiedenen Personen vom Eigentümer überlassen wurde, wird damit unterstützt (§. 24, S. 45), „daß der §. 440 nicht ausdrücklich vom Eigentumsrechte spricht, sondern von der Ueberlassung einer unbeweglichen Sache, und im zweiten Absatze nur die Worte enthält: „so fällt sie derjenigen zu" — nicht aber die Worte: „so fällt das Eigentum derjenigen zu". Ganz dasselbe Argument und nur dieses enthält auch §. 29, S. 49. — Für die Auffassung, daß die Bestimmung des §. 440 nur demjenigen zu statten komme, der die vorangegangene Veräußerung der Sache an einen Andern nicht kannte, wird (§. 34, S 58) auch §. 1026 a. b. G. B. herbeigeschleppt, welcher ja festsetze: „Auch bleiben die mit einem Dritten, dem die Aufhebung der Vollmacht (sonach der Berechtigung überhaupt) — (sic) — ohne sein Verschulden unbekannt war, geschlossenen Verträge verbindlich." Das soll wohl auch so eine „analoge Aehnlichkeit" sein, wie sie der Verfasser (§. 36, S. 63, 64) zwischen den Fällen der §§. 367 und 440 b. G. B. in wahrhaft wunderbarer Art herauszustellen bemüht ist, so daß man nicht weiß, ob man über das Wort oder über die Sache mehr erstaunen soll. — Das Höchste aber an gewaltsamer Herbeiziehung von Gesetzesstellen leistet der Herr Verfasser offenbar in der Note zu §. 51, S. 104 und 105, wo er alle jene Bestimmungen des b G. B. aufzählt, die als Ausnamen von den Sätzen erscheinen sollen, daß Niemand einem Andern mehr Rechte übertragen könne als er selbst hat, und daß ein zwischen Zweien geschlossenes Rechtsgeschäft die Rechte eines Dritten nicht berühre. Soll mit solchen exegetischen Kunststückchen „angehenden Juristen" gedient sein?

Daß endlich auch unser Urteil über die wenig anziehende Form der Darstellung begründet sei, dürften teils schon die hier citirten Stellen beweisen, teils kann sich davon Jeder leicht selbst bei einigem Blättern im Buche überzeugen. Schon das fortwährende nummerirte Gegenüberstellen von Einwendungen und Widerlegungen erregt Langweile. Prof. P. Harum.

Die Servituten. Eine civilistische Abhandlung von Oskar Schönemann, Ministerialsekretair in Sondershausen. Leipzig 1866. Verlag von Johann Ambros Barth.

Das Streben des Verfassers ist, wie er in der Vorrede hervorhebt, darauf gerichtet, den Einfluß der volkswirthschaftlichen Stellung der Servituten auf deren rechtliche Gestaltung zur Anschauung zu bringen und dadurch ein richtiges Verständniß dieses Institutes zu fördern. Es soll die Bedeutung des thatsächlichen Stoffes der Rechtsverhältnisse für die Rechtswissenschaft an einer besonderen Parthie der letzteren illustrirt werden und es ist das Ziel der Abhandlung keineswegs darauf gerichtet „untergeordnete Fragen von blos nebensächlicher Bedeutung" zu berichtigen. Wir dürfen daher schon nach diesen Prämissen eine einge-

hende quellenmäßige Darstellung der Servituten nicht erwarten, sondern müssen uns nur auf die Behandlung principieller Punkte gefaßt machen. Obwohl wir nun die Bedeutung des thatsächlichen Stoffes der Rechtsverhältnisse nicht verkennen, so müssen wir doch schon hier bemerken, daß uns der Verfasser den Begriff des Nebensächlichen und der untergeordneten Fragen etwas weit genommen zu haben scheint, indem Fragen, welche wir und wohl auch viele Andere für höchst wichtig halten, wie z. B. die Lehre von der Ersitzung der Servituten, von dem Rechtsschutze derselben u. a. in höchst summarischer, wenn nicht oberflächlicher Weise behandelt sind. Aber auch der Begriff der Servituten scheint uns durch die Erörterungen des Verfassers nicht besonders gefördert worden zu sein, wie sich aus dem weiteren Verlaufe des Referates ergeben wird.

Die Abhandlung zerfällt in zwei Abschnitte, von denen der erste den Begriff der Servituten (S. 5—28), der zweite den Einzelausbau der Servituten behandelt (S. 28—195). Vorangeschickt ist eine Einleitung (S. 1—5), welche eine kurze Angabe der Quellen und ein keineswegs vollständiges Literaturverzeichniß enthält, indem z. B. Bechmann's Schrift über den Inhalt und Umfang der P. Servitut des Usus 1861 gar nicht erwähnt ist. In dem folgenden Referate wollen wir uns im Ganzen an die Anordnung des Verfassers halten.

Im ersten Abschnitte geht der Verfasser nach einigen Erörterungen über die Bedeutung des Wortes servitus im §. 2 zum thatsächlichen Stoff der Servituten über. Den Ausgangspunkt bildet die nationalökonomische Werthschätzung der Güter, welche verschiedene Seiten der Verwendbarkeit derselben unterscheidet, die man als Tauschwerth und Gebrauchswerth bezeichnet. Der Gebrauchswerth, welcher in der unmittelbaren Verwendung des Gutes besteht, zerfällt wieder in den bloßen Benützungswerth, Produktionswerth und Verzehrungswerth. Die volle Verfügung über alle Werthseiten einer res corporalis geben die correspondirenden Institute des Eigenthums und Besitzes, während andere Rechtsinstitute sich nur auf die eine oder andere Werthseite beziehen, wie das Pfandrecht auf den Tauschwerth, die Emfyteusis, Superficies, Pacht, Miethe und das bunte Heer der Servituten auf den Gebrauchswerth resp. auf den Produktions- und Benützungswerth. Die juristische Verarbeitung dieses thatsächlichen Stoffes ist aber eine sehr verschiedene. Vor Allem muß man hier zwischen Pacht und Miethe einerseits, dann der Superficies, Emfyteusis und der Servituten andererseits unterscheiden, indem in den ersteren Fällen blos ein obligatorisches Verhältniß begründet wird, während die letzteren dingliche unmittelbar auf die Sache sich beziehende Rechtsverhältnisse sind und sich untereinander nur durch den verschiedenen Umfang des thatsächlichen Stoffes unterscheiden, welcher bei der Superficies und Emfyteusis weiter geht, als bei den Servituten (S 14). Eine Auseinandersetzung dieses verschiedenen thatsächlichen Stoffes der Superficies und Emfyteusis einerseits und der Servituten andererseits, welche jetzt Jedermann erwarten würde, gibt der Verfasser nicht, sondern stellt einfach im §. 8 folgende Definition der Servituten auf: „Die Servituten sind dingliche Rechte des Gebrauches und des Fruchtgenusses von Sachen ohne Verzehrung derselben." (S. 28.) Dieser Definition, welche die beiden Momente: „thatsächlicher Stoff" und „rechtliche Gestaltung" enthält, hat der Verfasser für gut befunden einige Definitionen

älterer Juristen und die von Arndts und Puchta voranzuschicken. Unseres Erachtens ist nun mit dieser Definition gar nichts gewonnen, denn dieselbe paßt offenbar auch auf die Superficies und Emfyteusis. Das eigenthümliche Wesen der Servituten ist somit dadurch nicht getroffen, weder in thatsächlicher, noch auch in juristischer Beziehung. Von einer Abhandlung, die die Bedeutung des thatsächlichen Stoffes für die Rechtsform in den Vordergrund stellt, wäre doch mindestens zu erwarten gewesen, daß sie die verschiedenen Gestaltungen dieses thatsächlichen Stoffes bei den verschiedenen Rechtsverhältnissen, die sich auf den Gebrauch einer Sache beziehen, bis in's Einzelne verfolgen werde — denn nur darin allein kann der Werth derselben liegen. Statt dessen bekommt der Leser nur die allgemeine Versicherung, daß die Servituten und die Superficies resp. Emfyteusis thatsächlich verschieden sind! So erfährt man denn durch die Erörterungen des Verfassers nichts, was nicht schon bekannt wäre und von Anderen z. B. von Windscheid kürzer und besser gesagt worden wäre. Das Neue besteht nur in der Zuthat einiger national-ökonomischer Floskeln.

Der Verfasser bezeichnet die Servituten nur als dingliche Rechte an Sachen; — die Beziehung auf fremde Sachen fehlt absichtlich. Dies hat seinen Grund in der eigenthümlichen Auffassung des Verfassers über das Verhältniß der Servituten zum Eigenthume. Allerdings nimmt der Verfasser nicht etwa eine Servitut an eigenen Sachen an, wohl aber behauptet er den Bestand von Servituten an herrenlosen Sachen. Die Servitut ist ihm nur insoferne ein jus in re aliena, als die dienende Sache nicht im Eigenthume des Servitutsberechtigten stehen darf, keineswegs aber im Eigenthum eines Anderen stehen muß. Begründet wird diese Ansicht einmal durch die Geschichte, dann aber auch durch einen Quellenbeleg, nemlich §. 42 frag. Vat. (fructuario superstite licet dominus proprietatis rebus humanis eximatur, jus utendi fruendi non tollitur). Fassen wir zunächst letzteren in's Auge, so beweist er alles, nur nicht die Anerkennung einer Servitut an herrenlosen Sachen, man müßte denn annehmen, daß der Tod des Eigenthümers Herrenlosigkeit der Sache im eigentlichen Sinne zur Folge gehabt habe. Aber die geschichtlichen Beweise —! Vor Allem ist es, wie uns der Verfasser versichert, ein Irrthum, das Eigenthum als das ursprüngliche dingliche Recht hinzustellen. „Lange ehe sich der Stoff des Eigenthums thatsächlich und rechtlich herausbildet, sind einzelne Stücke der Sachnutzung und Sachbeherrschung in beständiger Uibung. Weidevölker, welche ihre Zelte heute hier, heute dort aufschlagen, befinden sich nicht im Entferntesten in der Lage das Ganze der Sachbeherrschung nach allen Richtungen hin zu entfalten. Sie kennen und üben gar überhaupt noch nicht das, was das Charakteristische des Eigenthums bildet. Indem sie ihre Zeltstangen aufrichten — üben sie eben das, was den thatsächlichen Stoff einzelner Gebrauchs- und Nutzungsbefugnisse, der Servituten bildet. Der thatsächliche Stoff der letzteren ist also naturgemäß längst entwickelt, bevor die Seßhaftmachung der Einzelnen und der Völker die Sachbeherrschung zur Totalität des Eigenthums gestaltet. — Sowie nun historisch betrachtet die Ablagerung des thatsächlichen Stoffes der Servituten vor dem des Eigenthums erfolgte, so ist auch die rechtliche Gestaltung zeitlich früher." (S. 15 fg.) — Auch diese historische Entwicklung kann uns keineswegs befriedigen. Der Hauptirrthum des Verfassers liegt darin, daß er

einen faktisch beschränkten Gebrauch schon als den thatsächlichen Stoff der Servituten hinstellt. Der thatsächliche Stoff der Servituten besteht aber nicht schon darin, daß Jemand eine Sache faktisch in beschränkter Weise benützt, sondern darin, daß er auf eine solche partielle Benützung der Sache **beschränkt ist**, sie nur in einer bestimmten Richtung benützen darf. Dieses letztere liegt aber auch im ersten Stadium der Entwicklung nicht vor. Der Nomade wird allerdings faktisch den Boden nur als Weide benützen und sonach den Gebrauchswerth ausbeuten, allein es ist doch auch hier schon eine andere Disposition denkbar. Auch der Nomade kann sicherlich seinen Weideplatz gegen einen anderen eintauschen, also schon in gewisser Beziehung den Tauschwerth desselben ausnützen! — Daß dies über den Servituteninhalt hinausgeht, wird auch der Verfasser zugestehen. Damit ist denn auch der ganze pseudo-historische Bau des Verfassers gestürzt. Dazu kommt noch die Unnatürlichkeit der ganzen Auffassung! — oder ist es nicht unnatürlich anzunehmen, daß sich ohne Bedürfniß vorerst ein beschränktes Recht ausbilden sollte, daß sich Servituten bilden, wo Jedem noch die ganze Erdoberfläche zur Disposition steht! Das Institut der Servituten kann nur auf Grund des Eigenthums entstanden sein; erst der Umstand, daß das Grundstück des Einen ohne eine gewisse Disposition über das eines Anderen nicht gehörig benützt werden kann, mußte dazu führen, das doch verhältnißmäßig schon künstliche Servitutenrecht zu begründen. So lange ich Wasser nehmen kann, wo und wie viel ich will, wird gar kein Anlaß zu einer Wasserservitut vorliegen — eine solche wird erst dann begründet werden, wenn die Quelle Eigenthum eines Anderen geworden ist. Dies scheint uns dem historischen Gange der Dinge mehr zu entsprechen. Die Existenz der Servituten setzt offenbar Vertheilung des Grundes und Bodens voraus, indem gerade durch die Servituten die Mängel, welche betreffs der Benützung durch die Isolirung der Grundstücke herbeigeführt würden, wenigstens theilweise behoben werden sollen. Die ältesten Servituten sind uns daher die Prädialservituten (res mancipi) und nicht wie der Verfasser annehmen muß, die Personalservituten — denn sein Servitutsrecht der Nomaden kann doch nur als letztere angesehen werden. Schon aus dem bisherigen ergibt sich, daß wir bei der Servitut die Beziehung auf eine fremde Sache mit der communis opinio festhalten. Wenn Jemand ein herrenloses Grundstück servitutsähnlich benützt, so ist das noch keine Servitut weil ja hier seine Dispositionsmacht nur in seinem Willen ihre Grenze findet, an und für sich aber gar nicht beschränkt ist. Durch welche Erwerbsart sollte ferner eine Servitut an einer herrenlosen Sache begründet werden? — Die derivativen Erwerbsarten der Bestellung u. s. w. sind schon von selbst ausgeschlossen und die Occupation kennt das Recht als Begründungsart einer Servitut nicht. Es bliebe daher nur die Ersitzung übrig. Aber auch diese ist wenigstens in der Gestalt, in welcher sie im neueren Rechte vorkommt, mit der Herrenlosigkeit der Sache nicht vereinbar. Sie verlangt nemlich, wie der Verfasser selber anerkennt, daß der Inhalt der Servitut nec vi, nec clam, nec precario ausgebeutet werde, setzt daher ebenfalls Jemanden voraus, dem gegenüber die Servitut ersessen werden soll, da ja nur unter dieser Voraussetzung dieses negative Requisit einen Sinn hat. Für die gegentheilige Ansicht könnte man sich nur auf Ulp. frag. I. 19. und Dosith. frag. §. 11 (vgl. l. 1. pr. C. 7, 15) berufen, welche Stellen der Verfasser

übersehen zu haben scheint. Aus diesen Stellen geht aber doch höchstens so viel hervor, daß eine Servitut durch Dereliktion der dienenden Sache seitens ihres Eigenthümers nicht erlösche, keineswegs aber, daß sie auch an herrenlosen Sachen begründet werden könne. Allein auch die erstere Behauptung ist nicht unbedenklich. Von allgemeinen Gesichtspunkten aus hat nemlich der Berechtigte an der Aufrechthaltung der Servitut in einem solchen Falle sicher gar kein Interesse — denn welchen praktischen Werth soll für ihn eine Servitut haben, wo er doch die rechtliche Möglichkeit hat, sich die Sache selber anzueignen und nach Belieben darüber zu verfügen. Daß in den angeführten Stellen die Fortdauer der Servitut angenommen wird, kann sehr wohl in der besonderen Natur des Falles begründet sein, ohne daß man es auch auf andere Fälle anwenden müßte. Die Stellen handeln nemlich von der Manumission (per vindictam) eines Sklaven „cujus ususfructus ad alium pertinet" durch den Eigenthümer ohne Mitwirkung des Usufruktuars. Die Freiheit kann eine solche Manumission nicht zur Folge haben, weil dann sofort der Ususfruktus erlöschen müßte. Man konstruirte daher den Fall so, daß man sagte, der Sklave werde durch diesen Akt zunächst servus sine domino und erlange erst mit der Endigung des Ususfruktus die Latinität. Faßt man nun diesen Fall genauer ins Auge, so ergibt sich, daß mit dem Ausdrucke „servus sine domino" nicht völlige Herrenlosigkeit bezeichnet sein kann, indem sonst auch eine Okkupation des Sklaven zulässig sein müßte, durch welche ja die bereits begründete Anwartschaft auf die Latinität vernichtet würde! Es kann daher mit diesem Ausdrucke nur so viel gesagt sein, daß der bisherige Eigenthümer und seine Sukzessoren *ihre* Herrschaftsrechte betreffs dieses Sklaven nicht mehr geltend machen können. — Bei diesem Sachverhalte liegt es nun zweifellos im Interesse des Usufruktuars, sein Recht aufrecht zu erhalten, da ja von der Ausübung einer totalen Herrschaft von seiner Seite wegen der für den Sklaven schon begründeten Anwartschaft auf die Freiheit keine Rede sein kann. Er ist daher in diesem Falle dem Sklaven gegenüber gar nicht in der Lage, in welcher sich der Servitutsberechtigte sonst anderen Sachen gegenüber nach geschehener Dereliktion derselben befindet, und deßhalb muß es mindestens als gewagt bezeichnet werden, aus dem Fortbestande des Ususfruktus in dem erwähnten Falle einen Schluß auch auf andere Fälle zu machen*).

Im *zweiten Abschnitt* erörtert der Verfasser zunächst (§. 10) den Unterschied der Personal- und Realservituten, wobei er betreffs letzterer betont, daß nicht das Grundstück, sondern der jedesmalige Eigenthümer als das Subjekt derselben erscheint, und geht dann zu den *Personalservituten* über, welchen die §§. 11—28 gewidmet sind. Vorerst wendet sich der Verfasser der Abgrenzung des

*) Man kann dagegen nicht einwenden, daß nach klassischem Rechte die Dereliktion auch bei anderen res mancipi nicht völlige Herrenlosigkeit zur Folge hatte, indem ungeachtet derselben doch das quiritische Recht fortbestand. Denn, wenn dies auch zugegeben werden muß, so war doch eine Okkupation solcher Sachen möglich, welche wenigstens bonitarisches Eigenthum gewährte. Vgl. Leist: bonorum possessio I. S. 273. Daß auch der Satz „nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest" nicht entgegensteht, ergibt sich einfach daraus, daß ja der Okkupation der in der Dereliktion enthaltene Willensakt des bisherigen Eigenthümers vorangeht.

Usus und Ususfruktus zu, welche er darin findet, daß ersterer das uti, letzterer das uti frui begreift. Unter dem „uti" versteht er hier die eigene Sachnutzung des Usuars mit Ausschluß des Verzehrungs- und Produktionswerthes (S. 39), während das uti frui auch den letzteren begreift, worin eben die Eigenthümlichkeit des „frui" gelegen sein soll (S. 40 fg.). Dabei ist es zunächst nothwendig, das Wesen des Produktionswerthes, wie ihn der Verfasser auffaßt, hervorzuheben. Der Produktionswerth besteht ihm in der „Möglichkeit mit oder ohne menschliche Thätigkeit neue Brauchbarkeiten, neue Werthe entstehen zu lassen" (S. 40, 41, 10) Nach dieser Begriffsbestimmung scheint uns aber die Abgrenzung des Verfassers den Unterschied zwischen Usus und Ususfruktus nicht zu treffen. Setzen wir den Fall, es sei Jemandem der Usus eines Gespannes überlassen. Wird dieser das Gespann nicht zur Bestellung seiner Aecker u. s. w. verwenden können? — Zweifellos; darin liegt aber doch offenbar eine Mitwirkung dieser Objekte zu Produktionszwecken. Der Ertrag, den ihm seine Wirthschaft abwirft, ist ein Resultat des Produktionsprozesses, in dem diese Objekte mitwirkten (l. 12, §. 3, 6, D. 7, 8). Es liegt daher auch hier eine gewisse Benützung des Produktionswerthes vor, welche aber auch noch kein „frui", sondern bloßes „uti" ist. Dies zeigt uns denn auch, daß in der bloßen Hervorhebung des Produktionswerthes das Wesen des „frui" nicht gelegen sein kann, und daß sich hier der Verfasser durch eine national-ökonomische Schematisirung verleiten ließ, dem „frui" einen unrichtigen Inhalt zu unterschieben. Das Wesen des „frui" besteht nicht darin, daß man durch eine wirthschaftliche Operation mit der Sache neue Werthe erzeugt — denn das liegt auch im obigen Falle vor, — sondern vielmehr darin, daß man von der Sache einen Ertrag zieht, der eben in dem fructus naturales und civiles besteht.

Ist nun schon die Abgrenzung des Usus und Ususfruktus nicht genau, so ist auch die Unterscheidung beider von anderen Gebrauchsarten nicht zutreffend. Beide umfassen nemlich nicht den Verzehrungswerth, welcher in der Möglichkeit der Vernichtung der Sache liegt (S. 10). Allein auch der Emfyteuta darf ja die Sache nicht vernichten, und doch ist seine Stellung der Sache gegenüber eine andere, als die des Usufruktuars und Usuars. Es bliebe daher nichts Anderes übrig, als den Begriff des Verzehrungswerthes in jedem dieser Fälle anders zu fassen; bei dem Usufruktuar müßte danach manches schon als Ausbeutung des Verzehrungswerthes erscheinen, was es bei dem Emfyteuta noch nicht ist! Daß dieß nicht angeht, liegt auf der Hand; daraus folgt aber nur, daß mit der Abgrenzung dieser Werthe für unsere Lehre eigentlich gar nichts gewonnen ist. Der Verfasser sucht nun auch das „uti frui", welche in der salva substantia der Sache liegt, genauer zu bestimmen (S. 13). Allein abgesehen davon, daß diese Abgrenzung der von ihm aufgestellten Theorie des Vergleichungswerthes nicht mehr entspricht, ist sie auch sonst nicht zutreffend. Das Wort substantia in der Legaldefinition des Ususfruktus übersetzt nemlich der Verfasser mit „stofflichen Bestandtheilen" (S. 48); — allein gleich darauf erkennt er an, daß auch schon die Veränderung der Sachspecies außerhalb des Servitutenbegriffes liege — und doch glauben wir, daß eine solche unbeschadet der stofflichen Bestandtheile vorkommen kann. Zweifellos darf der Usufruktuar aus einem Luftgarten keinen Fruchtgarten

machen, obwohl durch eine solche Veränderung u. E. die Bestandtheile der Sache nicht verletzt werden.

Seite 50 geht der Verfasser zu der Spezialbehandlung des Ususfruktus über, indem er die rechtliche Gestaltung des „frui" betrachtet. Er geht hiebei davon aus, daß die fructus pendentes Theile der fruchttragenden Sache sind, welche erst durch ihre Trennung selbstständige Sachen werden. Daraus schließt er nun für das Recht des Fruchtbezuges Folgendes: Die Befugniß des Usufruktuars umfaßt die fruchttragende Sache mit allen ihren Theilen und mit den Früchten zumal. Der wirklich vollführte Fruchtbezug aber verleiht dem Usufruktuar das Eigenthum an den gezogenen Früchten, an denen er vorher nur ein Servitutsrecht hatte. Die Ausübung des Usufruktus vollzieht daher an diesen Theilen der Sache eine Modifikation des Rechtes, indem sie die partielle Sachherrschaft zur totalen macht (S. 50). Eine Consequenz dieser Auffassung besteht dann in der Behauptung, daß das frui eigentlich über den Servitutsinhalt hinausgehe, indem das jus fruendi nicht die partielle Herrschaft über die Sache (jus in re aliena) sei, sondern den Erwerb der totalen Herrschaft (dominium) über Theile derselben begründe, weßhalb der Verfasser auch wieder zu der jetzt ziemlich allgemein aufgegebenen Ansicht Puchta's zurückkehrt, daß der Usus die eigentliche Personalservitut sei (S. 55). — Etwas Unrichtigeres als diese Deduktion des Verfassers dürfte kaum jemals gedruckt worden sein. Das Servitutenrecht soll danach die Fähigkeit besitzen, sich kraft seiner selbst ins Eigenthum umzuwandeln! Dieser wirklich ungeheuerliche Satz hätte den Verfasser aufmerksam machen sollen, daß in seiner Deduktion ungeachtet ihrer scheinbaren logischen Folgerichtigkeit irgendwo ein Fehler stecken müsse. Und in der That, derselbe ist wahrlich nicht schwer zu finden. Er liegt einfach darin, daß der Verfasser die fructus pendentes, welche er selber ausdrücklich als Bestandtheile der fruchttragenden Sache erklärt, sofort im Gedanken wieder als selbstständige Sachen behandelt. Dies zeigt sich darin, daß er die fructus p. bereits als Objekte des Servitutenrechtes hinstellt, was aber ganz unrichtig ist; denn dadurch wird das eine Recht an der Sache eigentlich in so viele Rechte aufgelöst, als Bestandtheile der Sache vorhanden sind. An die Stelle der Einheit des Rechtes tritt unbemerkt die Gleichartigkeit der vielen Rechte. In dieser Weise müßte der Verfasser auch zu dem Resultate kommen, daß die Separation der Früchte für den Eigenthümer der Hauptsache gar keine juristische Bedeutung habe. Denn in derselben Weise, wie sich das Servitutsrecht des Usufruktuars auf die Früchte bezieht, muß sie auch das Eigenthumsrecht des Eigenthümers ergreifen; die Trennung derselben von der Hauptsache könnte dann nur mehr als faktische Loslösung des einen Eigenthumsobjektes von anderen und nicht mehr als Eigenthumserwerbsart erscheinen, als welche sie doch auch der Verfasser anerkennt. Hätte sich der Verfasser die l. 25 §. 6 l) quid in fraud. (42, 8) gegenwärtig gehalten, so wäre er nicht zu der absonderlichen Theorie von dem Wechsel des Rechtes an den Früchten gelangt, der mit der Perception der letzteren eintreten soll. Ein solcher Wechsel tritt, wie kaum bemerkt zu werden braucht, in Wirklichkeit gar nicht ein. Der Ususfruktus bezieht sich an und für sich nur auf die fruchttragende Sache; dieser gegenüber darf man auch nicht einmal im Gedanken den fructus p. eine selbstständige Existenz einräumen. Das Rechtsverhältniß

zur Sache wird durch die Perception der Früchte auch gar nicht geändert, es bleibt immer eine partielle Herrschaft; der Eigenthumserwerb an den Früchten erscheint nur als die Folge des Servitutenrechtes, durch welche dieses selber in keiner Weise alterirt wird. Danach ist es auch ganz unrichtig, daß nur der Usus, nicht auch der Fruktus dem Servitutenbegriffe entspreche; auch das „frui" ist nur eine besondere Art der Benützung einer Sache, welche eben in der Fruchtgewinnung besteht.

Der Verfasser hebt richtig hervor, daß der Ususfruktus den Titel zur Eigenthumserwerbung an den Früchten bilde, führt aber doch diesen Satz nicht konsequent durch, indem er den Vorgang beim Fruchterwerb insoferne der Tradition gleichstellt, als der Erwerber sich mit Gestattung des Eigenthümers in den Besitz der Früchte setze (S. 52). Dies kann aber nur für den Fall zugegeben werden, wo der Besteller des Ususfruktus noch zur Zeit der Perception der Früchte Eigenthümer der Sache ist, aber sicher nicht mehr für den Fall, wo sich das Eigenthum zu dieser Zeit bereits in der Hand eines Dritten, etwa eines Singularsukzessors, befindet. Dieser hat gar keinen Akt vorgenommen, den man auch nur im Entferntesten als eine solche Gestattung deuten könnte, und doch wird zweifellos der Usufruktuar auch hier seine Perceptionsbefugniß geltend machen können. Daraus ist ersichtlich, daß der Vergleich der Fruchtperception seitens des Usufruktuars mit der Tradition gar keinen Werth hat und lieber weggelassen werden sollte.

Dieselbe Ungenauigkeit, die wir bis jetzt bei dem Verfasser öfters hervorzuheben Gelegenheit hatten, findet sich auch in der weiteren Behandlung. So werden im §. 19 die Verpflichtungen des Usufruktuars und speziell die cautio usufructuaria behandelt. Der Zweck derselben soll nach dem Verfasser nicht darin bestehen, das uti frui salva substantia, sondern nur das uti frui arbitratu boni viri zu sichern. Dies wird einfach dadurch widerlegt, daß auch Verletzungen der Substanz der Sache unter die Caution fallen, wovon man sich durch eine auch nur flüchtige Durchsicht des betreffenden Pandektentitels überzeugen kann. — Der §. 20 handelt von der Unübertragbarkeit des Ususfruktus, für welche sich der Verfasser mit der herrschenden Meinung entscheidet. Was aber die allgemeinen Gründe betrifft, durch welche der Verfasser diesen Rechtssatz zu rechtfertigen sucht, so können wir dieselben nur als ein oberflächliches Raisonnement bezeichnen; denn dieselben Gründe, wie namentlich die Gefahr des Substanzverlustes, gegen welche der Eigenthümer eine Garantie in der Person des Usufruktuars haben soll, sprechen auch gegen die Uibertragung der bloßen Ausübung des Ususfruktus (S. 71 fg.). — Im §. 23 und 24 wird von dem Quasi-Ususfruktus gehandelt. Die Auffassung desselben ist im Ganzen befriedigend, namentlich wird richtig hervorgehoben, daß hier eigentlich keine Servitut mehr vorliegt. Dennoch wird auch dieser Gedanke wieder nicht konsequent festgehalten, indem der Quasi Ususfruktus doch wieder als Servitut bezeichnet wird (S. 82). Ganz verunglückt erscheint uns aber die Unterscheidung des Quasi-Ususfruktus vom Darlehen. Auch beim Quasi-Ususfruktus ist wie beim Darlehen die Eigenthumsübertragung nicht der ökonomische Zweck, sondern nur das juristische Mittel, um dem Quasi-Usufruktuar den Gebrauch der Consumptibilien zu gewähren. Was dann den Unterschied in der Entstehung beider Verhältnisse betrifft, so betont der Verfasser namentlich die Be-

stellung des Quasi-Ususfruktus durch letztwillige Verfügung, welche sofort das dingliche Recht erzeuge. Dagegen müssen wir uns die Frage erlauben, ob denn durch das Legat des Quasi Ususfruktus an 10.000 fl. auch wirklich sofort das dingliche Recht, d. h. das Eigenthum auf Seite des Honorirten entstehe? — Die Quellen, namentlich die l. 5 pr 7 D. h. tit. (7, 5) lassen mit Grund auf das Gegentheil schließen, und daran wollen wir so lange festhalten, bis uns bessere Gründe als die willkührlichen Behauptungen des Verfassers beigebracht werden. — Charakteristisch für die Behandlungsart „untergeordneter" juristischer Fragen ist der Schluß des §. 23. Hier wird die Frage, wer den Zufall zu tragen hat, als praktischer Unterschied des Ususfruktus und Quasi-Ususfruktus hervorgehoben und dahin entschieden, daß beim echten Ususfruktus der Eigenthümer, beim Quasi-Ususfruktus der Usufruktuar die Gefahr des Zufalls zu tragen habe, „weil die Sache in sein Vermögen übergegangen ist". Als ob jeder, in dessen Vermögen sich eine Sache befindet, den Zufall zu prästiren hätte! Man denke nur an den Untergang der verkauften Sache vor der Tradition, des Dotalobjektes bei dem Ehemanne u. s. w. Nach der Lehre des Verfassers müßten Verkäufer und Ehemann den Zufall tragen, was unzweifelhaft nicht der Fall ist! — Den wahren Grund der Prästation des Zufalls seitens des Quasi-Usufruktuars brauchen wir schwerlich hervorzuheben; es wäre aber zu wünschen, daß sich der Schreiber einer Monografie, selbst wenn er sich nur auf Prinzipienfragen beschränkt, nicht solche Unrichtigkeiten zu Schulden kommen ließe.

Zum Schlusse der Lehre von den Personalservituten behandelt der Verfasser noch den Usus (§. 25) und die s. g. irregulairen Servituten (§. 26). Von ersterem ist nicht viel zu sagen, die Darstellung ist sehr mager und geht über den Inhalt eines Pandektenkompendiums nicht hinaus, was allerdings dadurch entschuldigt werden mag, daß der Verfasser schon bei der allgemeinen Erörterung der Personalservituten überhaupt, natürlich auch den Usus bespricht (§. 12). Dabei nimmt er richtig an, daß beim Usus mit dem „uti" auch ein gewisses beschränktes „frui" verbunden worden ist. Wenn er dieß aber nur bei einem letztwillig bestellten Usus gelten lassen will, so können wir ihm nicht beistimmen. Jedenfalls wird diese seine Ansicht nicht durch die l. 12 §. 1 D h. tit. (7, 8) resp. durch den in derselben vorkommenden Ausdruck „pro dignitate" bewiesen, welcher nur in der Bedeutung genommen werden kann, die ihm in der deutschen Uiberseţung des Corpus Juris beigelegt wird. Wenn der Verfasser diesen Ausdruck auf die angeblich bevorzugte Stellung des Vermächtnißnehmers bezogen wissen will, so wird er damit schwerlich Anklang finden, da es u. E. eine dignitas des Vermächtnißnehmers als solchen nicht gibt. — Was sodann die irregulairen Servituten betrifft, so gehört dieses Capitel zu den gründlichern Parthien des Buches. Der Verfasser führt hier aus, daß es auch Personalservituten mit beschränkten Befugnissen gibt und daß diese von den römischen Juristen als ein wirklicher Usus resp. Ususfruktus behandelt werden. Den ersteren Theil dieses Satzes halten wir für bewiesen und es ist in dieser Beziehung namentlich die Interpretation der bekannten l. 14 §. 3 D. 34, 1 beachtenswerth; daß dagegen die römischen Juristen diese Servituten als wirklichen Usus und Ususfruktus angesehen haben, geht u. E. aus den vom Verfasser angeführten Stellen nicht hervor. Wie die Pandektentitel 7, 1 und 7, 8

beweisen, ist für diese Servituten nicht blos die Qualität der Benützung, sondern auch die Quantität maßgebend. Die Römer verstehen unter Usus und Ususfruktus Rechte von ganz bestimmtem Inhalt und zwar den vollen Gebrauch und die volle Sachnutzung. Die Stellen, welche der Verfasser für seine Ansicht anführt, beweisen dieselbe nicht. Manche derselben beziehen sich nemlich auf solche Sachen, bei denen thatsächlich nur eine bestimmte Benützung wirthschaftliche Bedeutung hat, diese daher auch den ganzen Inhalt des Usus und Ususfruktus ausmacht, während in anderen Stellen der Ausdruck „usus" nicht im technischen Sinne genommen ist, sondern nur überhaupt eine Gebrauchsberechtigung bezeichnet. Auf letzteres deutet namentlich der Umstand, daß diese Gebrauchsberechtigung durch einen besonderen Zusatz als eine solche bezeichnet wird, welche nur einer bestimmten Person zusteht, was bei dem Usus im technischen Sinne selbstverständlich und darum überflüssig wäre.

Wir glauben hiemit die Hauptpartien des Buches einer eingehenden Kritik gewürdigt zu haben. Eine gleiche Berücksichtigung der übrigen Kapitel würde den uns für eine Recension gestatteten Raum weit überschreiten; wir müssen uns daher auf eine kurze Uibersicht beschränken, wobei nur hier und da Einzelnes besonders hervorgehoben werden soll. S. 103—133 handelt der Verfasser von den Realservituten, woran sich dann die Lehre von der Entstehung (S. 133—164), dann von der Endigung (S. 165—184) endlich von dem Schutze der Servituten (S. 184—195) anschließt. Die Behandlung der betreffenden Materien ist im Ganzen eine sehr dürftige und der Verfasser gefällt sich häufig darin, bloße Behauptungen hinzustellen und dies mitunter in einer Weise, welche die Rücksicht, die man bedeutenden Autoritäten auch bei dissentirender Ansicht schuldig ist, ganz und gar außer Acht läßt (Vgl. z. B. S. 139). Ganz ungenügend und werthlos sind die Erörterungen über den Schutz der Servituten. Namentlich gilt dies von dem §. 55, welcher den Besitzklagen gewidmet ist. Als Probe der Behandlung möge hier nur angeführt werden, daß der Verfasser daraus, daß die Servituten des Besitzes für fähig erklärt wurden, ohne weiters die Anwendung des interdictum uti possidetis auf sie folgert. Die besonderen Interdikte, welche in den Pandekten für Servituten vorkommen, erscheinen ihm nur als Modifikationen des interdictum uti poss., und zwar namentlich auch das interdictum de itinere actuque privato, de itinere actuque reficiendo! — In der Lehre von der Entstehung der Servituten schließt sich der Verfasser der herrschenden Ansicht an, welche die Servituten auch schon nach römischem Rechte durch Vertrag ohne Quasitraditio entstehen läßt, jedoch mit der Modifikation, daß schon die Stipulation einer Servitut das dingliche Recht begründete. Die Argumente, die er hiefür beibringt, sind jedoch nicht die glücklichsten. Er stützt sich nemlich auf die l. 3 D. 7, 1. l. 58 D. 45, 1. l. 72 pr. D. 45, 1 u. a., in denen gesagt ist, daß durch die Stipulation des Ususfruktus u. s. w. eine „petitio" begründet werde. Da nun, argumentirt der Verfasser weiter, petitio die dingliche Klage im Gegensatze der persönlichen bezeichnet, so ist hiemit bewiesen, daß durch die Stipulation das dingliche Recht selbst entstehe. Die Grundlosigkeit dieser Auffassung geht, abgesehen von dem allgemeinen Charakter der Stipulation, schon aus den vom Verfasser angeführten Stellen und zwar namentlich aus der l 72 D. d. V. O. (45. 1) hervor. In dieser Stelle ist neben der Stipulation eines iter u. s. w. auch von einer Stipulation „fossam fodiri" die Rede. Da nun als Wirkung jeder dieser Stipulationen die petitio genannt wird, so muß der Verfasser konsequenterweise annehmen, daß durch Stipulation ein dingliches Recht begründet werden könne, dessen Objekt eine Handlung ist! Daraus ist zur Genüge ersichtlich, daß der Ausdruck petitio nicht immer im Sinne der l. 28 D. 44, 7 gebraucht wird, sondern auch in einer weiteren Bedeutung vorkommt, und daß es sehr mißlich ist, bloß auf einen solchen Ausdruck hin eine neue Ansicht zu bauen. C—z.

Anhang.

Noch einmal Stein's Verwaltungslehre.

Verehrliche Redaction!

Sie haben in Ihrem letzten Hefte eine Recenſion des erſten Theiles meiner Verwaltungslehre von einem Hrn. Dr. Ratkowsky aufgenommen, bei der ich ein wenig an das Recht jedes unglücklichen Schriftſtellers appelliren muß, ein Wort der Erwiderung zu ſagen, aber zugleich mit der Bitte dies Wort nicht bloß ſelbſt ſagen zu dürfen. Jener Hr. Dr. Ratkowsky hat, wie ich hoffen will, das Buch geleſen, welches er anzeigt. Er hat es aber wohl nicht der Mühe werth gehalten, das Buch ſelbſt, ſondern nur die erſten etwa 40 Seiten zu kritiſiren. Es iſt ihm geſchehen, was in ſolchen Fällen zuweilen geſchieht, daß ſeine Anzeige auf dieſe Weiſe nicht dasjenige giebt, was am Ende die erſte und die natürliche Aufgabe einer Anzeige iſt, ein Bild des Buches und ſeines Verhältniſſes zur bisherigen Literatur Deutſchlands, Frankreichs und Englands, die in dieſem Werke zuſammengefaßt iſt, ſondern nur des Eindruckes, den die erſten Definitionen in den erwähnten 40 Seiten auf das Faſſungsvermögen des Hrn. Dr. Ratkowsky gemacht haben. Wir haben unſererſeits nichts dagegen, daß er nicht befriedigt iſt von „einer Perſönlichkeit, für welche der Stephansthurm als Zahnſtocher dienen ſoll", eben ſo wenig, daß er nicht weiß oder zu verſchweigen für gut findet, daß ich ſelbſt dieſen Begriff als einen ſchon lange anerkannten und von mir nur organiſch entwickelten aufgeſtellt habe. Wir ſind nicht in der Lage uns mit „Perſönlichkeiten" abzugeben, für deren geiſtige Dimenſionen, wie die obige Albernheit zeigt, allerdings ein gewöhnlicher Zahnſtocher vollkommen ausreicht. Es mag das Sache eines ſolchen soi disant Recenſenten bleiben, ſich bei der Anzeige eines ſolchen Werkes nicht mit einem einzigen Worte darum zu kümmern, ob das, worauf der Verfaſſer offenbar ein Hauptgewicht gelegt hat, der Character des poſitiven Rechts in England, Frankreich und den deutſchen Staaten vollſtändig, richtig und der Idee des Werkes entſprechend dargeſtellt iſt. Wir geſtehen gerne, daß, um dergleichen Dinge beurtheilen zu können, einige unklare Vorſtellungen von Recht und Staat und gar keine von dem Streit über das Weſen des Geſetzes und die Verordnung vollkommen ausreichen, und daß man ein ſolches Buch gründlich verſteht, wenn man ganze Hauptpartien wie die über Adminiſtrativ-Juſtiz, über Miniſterial- und Behördenſyſtem auch nicht mit einer Silbe erwähnt, und ſich erſt darauf aufmerkſam machen laſſen muß, daß in dem angeblich angezeigten Werke die Begriffe von Selbſtverwaltung und Vereinsweſen hiſtoriſch und auf Grundlage der, in den Hauptſtaaten Europas beſtehenden, bisher nicht verglichenen Geſetzgebungen dargelegt werden; aber daß der Rec. nicht weit genug geleſen hat, um die weitläuftige Unterſuchung des Begriffes der Juriſtiſchen Perſönlichkeit zu finden, nachdem ihm der Begriff der „Perſönlichkeit" ſo viel Kummer

gemacht — das möge der Hr. Anzeiger mit seinem eigenen, wie wir hoffen durch keine persönlichen unangenehmen wissenschaftlichen Antecedentien in seiner ruhigen und gelehrten Objectivität gestörten Gewissen abmachen. Da wir aber alle lernen müssen, so lange wir leben, so möge uns der Hr. Dr. Ratkowsky verstatten, nachfolgend einen kurzen Auszug aus zwei schon gleich nach Erscheinen meines Werkes geschriebenen Briefen eines Mannes eben über mein von Hrn. Dr. Ratkowsky in seinen ersten 40 Seiten recensirte Buch (von 640 Seiten) mitzutheilen, dessen wissenschaftliche Stellung selbst von jenem Herrn nicht angefochten ist, und von dem er lernen kann, wie man auf solche Werke eingeht. Ich habe die Veröffentlichung dieser Schreiben zurückgehalten, obgleich ich, wie jener Hr. Dr. R. sagt und weiß, „des Selbstlobes" voll bin. Um demselben aber zu zeigen, wie wissenschaftlich auf erster Stufe stehende Männer wenigstens solche Bücher vollständig lesen, und es unter der Würde der Wissenschaft halten, allgemeine Tiraden zu machen, sondern speziell sich mit jeder einzelnen Hauptsache befassen, theile ich sie hier mit dem Ersuchen mit, wenn der Hr. Dr. Ratkowsky wieder einmal ein Buch anzeigt, nicht gleich müde zu werden, wenn ihm etwas schwerer wird als die gewöhnliche Tageskost; jedes Werk als ein Ganzes aufzufassen, wo möglich den Inhalt desselben in seinen Hauptpunkten wiederzugeben, wenn er anzeigen will, und niemals weder albern noch böswillig zu sein, mag einem auch vorher geschehen sein, was da will. Die Hauptpunkte der beiden Briefe über mein „originelles" Werk (warum hat denn der Hr. Dr. nicht herausgebracht, worin die „Originalität" dieses Werkes besteht? das wäre denn doch das wenigste gewesen, womit er ein Verständniß der Sache hätte bethätigen sollen), das offenbar für den dem Hrn. Dr. geläufigen Begriff der „gewöhnlichen Menschenkinder" zu „hoch" steht, aber wie er jetzt sehen mag, für tüchtige und ehrliche Männer der Wissenschaft sehr verständlich ist, sind folgende — wobei ich ausdrücklich bemerke, daß Hr. Dr. Ratkowsky nicht begreifen wird, weßhalb ich die für mich persönlich schmeichelhaften Stellen weggelassen habe:

— — — „Die Grundauffassung über das Verhältniß von Verfassung und Verwaltung theile ich natürlich mit Ihnen um so mehr, als ich ja in den fünfziger Jahren vorzugsweise durch Ihre Schriften für die Bearbeitung des Staatswesens in meiner Weise angeregt bin. Es ist für mich gewiß eine Wahrheit, daß das Verwaltungsrecht erst da die Möglichkeit des Verständnisses gewinnt, wo ich den Staat als eine selbstthätige Persönlichkeit erfasse.

Die Construction der Regierungsgewalt und ihre drei Formen, wie sie namentlich S. 44 auftritt, erkenne ich als Grundlage einer wissenschaftlichen Gesammtdarstellung an.

S. 50: Ihre treffende Bemerkung über das System der Theilung der Gewalten habe ich in gleicher Weise an dem Gliederbau des englischen Staats verstehen gelernt.

S. 53.: Das Verhältniß von Gesetz und Verordnung, welches die Achse Ihrer Gesammtdarstellung geworden, ist uns Juristen natürlich ungemein schwer in den Kopf zu bringen. Sie werden auch an meinem skeptischen Verhältniß zu der neuesten englischen Staatsbildung gesehen haben, wie wir daran gehen. Dieselbe zögernde Anerkennung werden sie im Kreise unserer deutschen Juristen wohl meistens finden. Die Anforderungen der neuen Gesellschaft an den Staat sind aber so gewaltig geworden, und der Grundgedanke ist von Ihnen mit so meisterhafter Consequenz durchgeführt, daß sie damit durchdringen werden.

S. 55—60 beginnt die Reihe der geschichtlichen Skizzirungen, die sie der französischen Rechtsgeschichte verdanken, — wenn ich diesen Ausdruck gebrauchen darf. Ich sollte vielmehr sagen, daß sie in dem dritten Theil von Warnkönig vielmehr zuerst den geistigen Faden für die Bildung des französischen Staatswesens gefunden haben. Auch jene Rechtsgeschichte war bis dahin leider ein gar hölzernes Ding geblieben. Sie können es mir nach meiner Grundrichtung nicht verdenken, daß durch die ganze Schrift hindurch diese geschichtlichen Gruppirungen für mich einen specifischen Reiz haben. Das Facit für das 19. Jahrhundert

(S. 62—67) läßt sich in der That nur bei solcher Behandlung der Rechtsgeschichte ziehen.

S. 67, 68 erkenne ich das englische Verhältniß als wesentlich richtig an.

Mit dem System des verfassungmäßigen Verwaltungsrechts beginnt vorzugsweise die wissenschaftliche Art der Construction.

S. 79 unten steht einer der schlagenden allgemeinen Sätze, die ich vollkommen begreife und anerkenne, und die wir gegen die dürre Theorie unserer Juristen durchsetzen müssen.

S. 84, 85: Die herkömmliche Unterscheidung von „Justiz- und Verwaltungssachen" beginne ich als Wurzel alles Uebels zu begreifen.

Ebenso das Verhältniß der Verantwortlichkeit zu dem administrativen Klagerecht (S. 93, 94). Die wüste Vorstellung, eine gesetzmäßige Verwaltung lediglich durch die Ministerverantwortlichkeit herausbringen zu wollen, war in unserer liberalen Partei so zur fixen Idee geworden, daß ich bei den Verhandlungen über die Ministerverantwortlichkeit immer nur bei einigen älteren Verwaltungsbeamten Rückhalt fand. Ich habe damals im Wesentlichen schon Ihre Ansicht vertreten und trotz alles Widerstrebens solche auch in den Commissionsbericht hineingebracht.

S. 97, 98 sind Ihre Worte über Steuer- und Ausgabeverweigerung mir aus der Seele geschrieben und unmittelbar für die heutige Situation bemessen.

S. 99: Es wird mir immer zweifelhafter, ob der Gegensatz von juristischer und politischer Verantwortlichkeit nicht eigentlich durch eine andere Antithese oder wenigstens durch andere Bezeichnungen besser zu ersetzen wäre.

S. 109: Ihre Begrenzung des verfassungsfäßigen Gehorsams wird in Deutschland wiederum Juristen und Verwaltungsbeamte in zwei Lager scheiden.

S. 113: Der Name ünd Begriff eines administrativen Klagrechts scheint mir glücklich gewählt. Ist eine Verständigung über diesen Vorbegriff zu beschaffen, so sehe ich das wie einen archimedischen Punkt an. In dem ungeheuren Gebiete unserer Kammer-Petitionen und in der Beschwerde-Instanz der Ministerien gehen alle Begriffe noch auf das wüsteste durcheinander. Was die Vereinfachung der Prozeßformen betrifft, so habe ich früher den bedingten Mandatsprozeß proponirt, die Appellationsgerichte als erste, den höchsten Gerichtshof als zweite Instanz.

S. 123: Bei dem Beschwerderecht im engeren Sinne werden Sie namentlich in Norddeutschland immer auf die Vorstellung treffen, daß die Regierung an ihre eigenen Verordnungen gebunden sei. Es mag das zunächst eine Folge unserer gänzlichen Verschmelzung von Gesetz und Verordnung sein; aber die Vorstellung haftet sehr fest und hat wohl auch ein nationales Element in sich.

S. 128: Den Ausdruck „Administrativ-Justiz" erkenne ich mit Feuerbach als einen schielenden vollkommen an. Gut gewählte und einfache deutsche Ausdrucksweisen werden uns auch für die praktische Durchführung überaus förderlich werden.

S. 135—139 haben sie wieder ein mustergiltiges exposé der französischen Verhältnisse gegeben, die Ihnen in Deutschland Niemand nachmachen wird.

S. 140—148 erkenne ich mit warmen Dank an, daß wir auf diesem Wege weiter kommen werden. Das Ziel: die Gültigkeit des englischen Grundsatzes für das Gebiet der Verhältnisse zwischen Gesetz und Verordnung, und des französischen für das Verhältniß zwischen Verordnung und Verfügung, — erscheint mir als der eben so glücklich gefundene, wie treffend ausgedrückte Punkt.

S. 165: Die Durchführung der Begriffe von Kompetenz-Streit und Kompetenz-Conflict ist wiederum in großartiger Consequenz gelungen, wie ich denn namentlich auch die Sätze S. 170 gern unterscheiden möchte. Für unsere Juristen und Verwaltungsbeamten würde die Frage durch eine kleine Reihe von Beispielen anschaulich zu machen sein, — ich glaube Ihre Auffassung wird in dem heutigen Zustand der Rathlosigkeit bald Nachfolge finden.

S. 172, 173: Die Auffassung des englischen Verhältnisses wird wohl richtig sein.

S. 173—179 ist wieder eine mustergültige Darstellung der französischen Verhältnisse, um die ich Sie beneide. Insbesondere auch im Verhältniß der Codes zur Verwaltung. Unsere rheinischen Juristen sollten Ihnen dafür sehr dankbar sein.

S. 180—184 wird hoffentlich Bahn brechend für unsere deutschen Verhältnisse wirken und den beiden leitenden Grundsätzen (S. 185) zur Geltung verhelfen.

S. 194, 195 sind goldene Worte, die in unserem rathlosen Zustande sicherlich Beherzigung finden werden.

S. 196: Die Feststellung eines klaren und festen Begriffs der Polizei ist sicherlich an dieser Stelle ein bedeutendes Verdienst und ein sicherer Fortschritt. Ihre Ausführungen S. 209 hätte ich unserem Ober-Tribunal vorlegen mögen bei einer Reihe unklarer Entscheidungen über die Natur der Polizeistrafen.

Ihr zweiter umfangreicher Haupttheil vom Organismus der vollziehenden Gewalt ist mir in den 3 Grundformen: Staatsverwaltung, Selbstverwaltung und Vereinswesen vollkommen einleuchtend. Ich erkenne die dadurch gewonnene Erweiterung des Gesichtskreises mit wärmsten Danke an. Insbesondere auch das dogmengeschichtliche S. 230—232. Der Grundcharacter der Verwaltungskörper S. 235, ihre Beschränkung auf das Gebiet der Verordnungsgewalt wird nach vielen Seiten hin Klarheit schaffen. Auch in England sind die Ideen von einer delegirten Gesetzgebung noch immer konfus genug.

Der Begriff der Oberaufsicht S. 236 ist nach unseren herkömmlichen Auffassungen so vage geworden, daß die engere Begrenzung gewißermaßen frappirt. Durch den canonischen Civilprozeß bin ich an den Gedanken gewöhnt, der mittelalterlichen Kirchenverfassung einen Einfluß auf unsere staatsrechtliche Dogmengeschichte beizumessen, der vielleicht übertrieben ist. Durch die Säcularisirung der kirchlichen Begriffe sind allerdings überall Specifikationen eingetreten.

Das gewichtige Wort S. 239, 240 über den Grundcharacter des Staatsorganismus in England, Frankreich und Deutschland erkenne ich an. Ebenso die Bemerkungen über England und Frankreich S. 242 und die treffende deutsche Characteristik S. 243.

S. 245—252 ist eine geschichtliche Grundlegung der Verwaltungssysteme, für die Sie sicherlich Dank erndten werden. Das Ziel der Umgestaltung der ständischen unverantwortlichen Verwaltungskörper in die neuen Körper der verfassungsmäßigen Selbstverwaltung erkenne ich natürlich von Herzen an.

Die englische Auffassung S. 253—255 stimmt wesentlich mit den von mir gewonnenen Eindrücken, denen freilich wohl überall anzusehen ist, daß ich das Eindringen des Amtsorganismus mit einem zögernden Mißtrauen als nothwendig anerkenne. Es ist wunderbar, mit welcher Naivetät die „Praktischen" in England diese Dinge aufwachsen sehen. Sie wären im Stande, das zum Programm einer englischen Fortschrittspartei zu machen.

Was Sie über die deutschen Auffassungen S. 256, 257 sagen, ist positiv und negativ sicherlich wahr. Das Negative erkennen auch andere in vielerlei vertraulicher Correspondenz an mit dem aufrichtigen Geständniß, daß man im Schwabenalter das Grundgebäude seiner Vorstellungen nicht mehr von unten herauf neu bauen kann.

Ihre vier großen Organismen der vollziehenden Gewalt, Staatswürden und Staatsrath, — Ministerial- und Behördensystem, — Selbstverwaltung, — Vereinswesen bietet wiederum eine unendliche Mannigfaltigkeit von Gesichtspunkten.

Diese vier großen Gebiete oder Organismen der vollziehenden Gewalt, die Sie von S. 259 an darstellen, werden in der Wissenschaft wie in der Verwaltungs-Praxis sicherlich eine eingehende Würdigung finden, da diese concreteren Gestalten ja der herkömmlichen Auffassung näher liegen.

I. In dem ersten Gebiet bin ich natürlich mit Ihnen einverstanden eine persönliche Staatsgewalt in der Krone, ihren ornamentalen Umgebungen und im Staatsrath anzuerkennen. Rücksichtlich des letzteren bin ich Ihnen zunächst sehr

dankbar für die historischen Erörterungen S. 269, 270. Auch in England muß die veränderte Bedeutung des Permanent Council Jahrhundert für Jahrhundert bestimmt nachgewiesen werden. Der Staatsrath hat jedoch bei allen unseren politischen Parteien das gleiche Maß der Abneigung erfahren.

Ihr kurzes Resumé über das französische Conseil d'Etat wird wenigstens manchen Einzelnen belehren.

II. Ihr zweites Gebiet, der Organismus des Amtswesens wird, wie ich hoffe, die verdiente Anerkennung finden, vor Allem der schöne Abschnitt S. 281 bis 296, die Bestimmung der Grundformen des Ministerial- und des Behördensystems, die würdige Auffassung des gesammten Amtswesens, die historische Entwicklung des Collegialsystems und dessen Uebergang in das neuere Ministerialsystem.

Das Verhältniß von Gesammt-Ministerium und Staatsrath S. 319 dürfte ebenso richtig als treffend bezeichnet sein.

Als ebenso treffend erkenne ich die Antithesen und leitenden Gesichtspunkte S. 328—330 an. Das S. 336 bezeichnete Ziel ist für Deutschland wohl das richtige.

Die Abschnitte über das Behördensystem und das Staatsdienerrecht sind geläufigere Gebiete, auf denen Ihre Bemerkungen wohl auf eine Anerkennung in weiteren Kreisen rechnen dürfen.

III. Das dritte Gebiet der Selbstverwaltung erscheint nun in Ihrer Darstellung in seiner ganzen umfassenden Bedeutung.

Das Prinzip S. 360 med. erkenne ich als richtig an, die Begrenzung derselben S. 369 med. ist mir aus der Seele geschrieben.

In den Prinzipien S. 371—375, die ich mir systematisch noch nicht klar gemacht habe, werde ich mich zu orientiren suchen.

Die Gliederung der Selbstverwaltungskörper S. 375—379 erkenne ich ebenso an wie das Prinzip des historischen Rechts S. 381, an welches sich wieder eine sehr schöne historische Gruppirung anschließt.

Die Characteristik der französischen Selbstverwaltung S. 391—398 läßt nichts zu wünschen übrig, und wirft so manches Schlaglicht auf den Gang der Revolution. Das Prinzip der deutschen Selbstverwaltung, S. 400 oben, erkenne ich als richtig und präcise bezeichnet an. Das S. 402—498 gegebene Bild des Entwicklungsganges läßt an Klarheit wenig zu wünschen übrig. Das klare Gesammtresultat ist freilich die Unfertigkeit des Ganzen.

Die nun folgende Darstellung der einzelnen Verwaltungskörper beginnt wiederum mit einer historischen Entwickelung des Landesrechts, der Steuerbewilligung, des ständischen Landrechts (S. 408—411), an welches sich der neuere Gang der Dinge anschaulich anknüpft.

In dem englischen Abschnitt S. 414—420 ist mancher Satz etwas zu allgemein gefaßt.

Die französische S. 420—425 ist und bleibt Ihre Domaine.

Die deutsche Entwickelung der Dinge S. 425—431 ist leider wahr.

Der große Abschnitt über das Gemeinwesen S. 433—509 enthält einen solchen Reichthum von Beziehungen, daß es schwer wird, auch in der allerflüchtigsten Weise ein Urtheil auszusprechen, geschweige denn zu begründen.

Den Begriff der Verwaltungsgemeinde S. 436 acceptire ich ebenso wie die treffende Trias S. 439. Das Resumé S. 440 ist überaus präcise formulirt.

Das Verhältniß zu den gesellschaftlichen Grundlagen S. 440 ff. ist und bleibt eine Ihrer Domainen, zu deren Lob ich kaum noch etwas zu sagen wage. Erst an der französischen Rechtsgeschichte lernt sich die treffende Characteristik der feudalen Körper S. 447 und das Motto S. 449 Z. 8. Das Resultat S. 459 erkenne ich natürlich vollkommen an.

Für das 19. Jahrhundert möchte ich rücksichtlich der englischen Verhältnisse einzelne Zweifel erheben; die französischen S. 476—487 muß man eben aus Ihrer Darstellung erst im Zusammenhang kennen und würdigen lernen.

Die Characteristik der deutschen Gemeindeverwaltung S. 480 ff. ist wohl ebenso wahr, aber ebenso unerfreulich. Die Vorbedingung der Grundentlastung

erkenne ich an. Unser Unglück ist aber die negative Richtung dieser Entlastungen, bei denen man den Zeitpunkt versäumt, in welchem die Gesetzgebung die positiven Pflichten des neuen Gemeindelebens zur Geltung bringen muß. Unsere Gesetzgebungsorgane haben in ihrem inneren Antagonismus die schöpferische Kraft verloren. Ich kann das Gefühl eines trostlosen Zirkels nie los werden, wenn wir an die Gesetzgeberei in Kreis- und Gemeindeordnung herangehen. Ich hatte bis 1859 noch immer die Hoffnung, die ursprünglich so bedeutenden Elemente unseres Beamtenthums durch einen organisirten Staatsrath zu einem productiven Organismus zusammen zu fassen, — wozu heute kaum noch eine Hoffnung bleibt.

Den Abschnitt C. von Korporationen und Stiftungen bin ich bereit in dieser bedeutungsvollen Stellung anzuerkennen. Ebenso gern erkenne ich an, wie unsere dürren privatrechtlichen Begriffe dem reichen Inhalt dieses Gebiets in keiner Weise gerecht werden.

IV. Das vierte Gebiet des Vereinswesens ist in dieser Stellung eine bedeutungsvolle Erweiterung der herkömmlichen Begriffe, welche zur Geltung zu bringen nicht leicht sein wird. Begriff und System des Vereinswesens und die Gliederung des Vereinsrechts bieten einen solchen Reichthum von Beziehungen dar, daß ich mir kein allgemeines Urtheil über Dinge erlaube, in denen ich selbst vielmehr erst der Orientirung bedarf."

Dr. L. Stein.

Gedruckt bei Josef Stöckholzer v. Hirschfeld in Wien.

Stanford University Libraries
3 6105 126 941 553

K
15
.E7
v.17-1

DATE DUE

STANFORD UNIVERSITY LIBRARIES
STANFORD, CALIFORNIA
94305